

論 説

無償契約債務者の責任法理 —民法典における責任制限法理の検討— (四・完)

萩 原 基 裕

目 次

序 章 はじめに

第一章 ドイツ普通法時代にみる無償契約債務者の責任制限法理の歴史的展開

第二章 BGB 立法過程における無償契約債務者の責任制限規定の変遷

(以上、23巻2号)

第三章 ドイツ法における無償契約債務者の責任制限法理

(以上、24巻2号)

第四章 フランス法における無償契約債務者の責任制限法理

第五章 日本法における無償契約債務者の責任制限法理

I はじめに

II 小史概観

III 現行民法立法過程における議論

IV 現行民法における無償契約債務者の責任制限に関する議論について

(以上、25巻1号)

V 裁判例の検討

一 裁判例

二 検 討

VI 小 括

一 旧民法における無償契約債務者の責任制限規定

- 二 現行民法立法過程における無償契約債務者の責任に関する諸規定
- 三 現在の議論
- 四 独仏法との比較

第六章 検討

- I はじめに
- II 無償契約における責任制限の根拠
 - 一 無償性の抱える多元的要素
 - 二 債務者の好意
 - 三 利益原理—独仏理論からの示唆
 - 四 責任調整法理としての利益原理の持つ応用可能性
- III 無償契約債務者の責任構造—各有償契約との対比において
 - 一 売買と贈与
 - 二 賃貸借と使用貸借
 - 三 有償委任と無償委任、有償寄託と無償寄託
- IV 日本民法典における無償契約債務者の責任制限について
 - 一 551条1項による担保責任の制限について
 - 二 無償委任および無償寄託における債務者の注意義務について帰
- V 帰責の要件
 - 一 無償契約債務者が責任を負うべき基準について
 - 二 利益原理に基づいた解決
- VI 責任の効果
 - 一 履行請求
 - 二 損害賠償
 - 三 契約の解除
- VII 小括
 - 一 無償契約における責任制限法理の根拠
 - 二 責任範囲の調整について

終章 結びに (以上、本号)

V 裁判例の検討

本章IVで見たように、無償契約の債務者がどのような責任を負うのか、どのような要件で責任を負うべきであるのかに関しては、主として551条1項の解釈論や無償受任者の責任制限をめぐって学説においてさまざま見解が主張されている。他方で裁判例はどうか。無償契約の不履行が原因で債権者に損害が生じたとして、契約責任に基づいてその救済を求めるような裁判例はほとんど見当たらない。しかし当事者間に契約関係はない（あるいは裁判上でそのように認定された）が、一方当事者の無償行為が原因で相手方当事者に損害が生じたという事例につき、不法行為責任に基づく賠償責任の有無や範囲について争われた裁判例が散見される。

本稿の問題意識は無償契約債務者の責任構造を明らかにすることにあるものの、たとえ不法行為法の問題であっても、「無償の行為」という要素が裁判上どのように評価されているのかを分析することは、無償契約債務者の負うべき契約責任のあり方を考える上で十分参考となりうると思われる。以上から、本節では無償行為による損害惹起が問題となった判例をいくつか取り上げ、その分析を試みる。

一 裁判例

以下では、無償行為に基づく損害発生が問題となった裁判例を六例取り上げる。それぞれ、①無償行為によって損害を惹起した加害者に損害回避の注意義務を認め、その違反に基づいて賠償責任を肯定したもの、②損害回避の注意義務を認めたが、賠償責任については行為の無償性を考慮して減額するとしたもの、③行為の無償性を理由に、損害回避の注意義務そのものの存在を否定したものに分類できる。そして、被害者が債務不履行責任のみを追及

したところ、契約関係が否定された事例も存在する(④)。この事例では、傍論ではあるものの無償行為者の果たすべき注意義務について言及していることから、取り上げることにする。

(一) 損害回避の注意義務を認定し、賠償責任を肯定した裁判例

①【神戸地方裁判所昭和51年2月24日判決】判時831号75頁

[事案の概要]

原告であるXがその長男であるA(死亡時2歳)を被告Yに預けて訴外Bと競馬場に出かけたところ、Aが死亡したという事案である。ただしどのような原因でAが死亡に至ったのかは判決文からは明らかでない。

[判旨]

Xが訴外Bの経営する店で勤務することとなったためYと知り合いになり、特にYが長女を出産した後は互いに世話や面倒を見合うという関係であった。事故前夜、訴外Bが事故当日の朝から競馬場に出かけるのでXを誘い、XはBの機嫌を損なわないようにこれに応じたが、風邪を引きかけていたAがこじらせるのを恐れて、Y方にAを置いたまま出かけた。XはYに対して世話の依頼をしていなかったが、YはXとBが競馬場に出かけることを承知していたし、従来の親密な間柄から(お互いの子どもの面倒を見合うこともあった)、YにおいてAの世話をすることを了承していたと認定した。そうすると、「YはXから黙示にAの世話を依頼されて、これを引き受けその面倒を見ていたのであるから、Xとの間に好意的な協定関係があったものといえることができる。したがってその協定(依頼)の趣旨に添うべき義務、すなわちX主張のとおり幼児の生命、身体に危険を避けるための注意義務があるものといわねばならない」。

②【大阪地方裁判所堺支部昭和43年8月8日判決】判時552号66頁

〔事案の概要〕

原告Xらの子であるA(事故当時1歳1ヶ月)が、被告Yの雇っている従業員にあやされている最中、そばにあった熱湯入りの電気ポットをAが倒してしまい、熱湯がかかり、右腕などに火傷を負った事案である。XらとYは、同じマーケット内でそれぞれ呉服店と化粧品店を営んでおり、Xらの長女であるAは生後1年1ヶ月で日ごろマーケット内を一人歩きたり、Y方をはじめマーケット内の他の店舗に出入りするなどし、可愛がられていた。事故当時、Y方には3人の従業員が勤めており、交替で昼食をとっていた。従業員のうち1名が昼食をとり始めた際、別の従業員がY店舗の前で1人で遊んでいたAを見て抱き上げたが、来客があったため昼食を取っている従業員にAをあずけた。従業員はAを膝に抱いていたが、熱湯入りのポットのコードがすぐそばに垂れ下がっていた。従業員がパンをAに与えた際、Aがこれに喜んで足をばたつかせたため、コードに足を引っ掛けてポットを倒してしまい、熱湯によって右腕などに火傷を負った。

そこでXらはYに対し、従業員に危険防止のための注意義務違反があったとして、その被用者であるYに対し、民法715条に基づいて損害賠償を請求した。

〔判旨〕

裁判所は、認定事実から従業員の過失は明らかであるとしその理由を以下のように説明する。すなわち、「幼児を抱き取り、一時にせよその保護を託された者としては、幼児が手足を急にばたつかせたりして、思わぬ挙動に出ることが十分予想されることに鑑み、幼児を抱いたまま食事をするような場合には、身近に危険な器物その他のものを置かぬようにし、またそれらのものがあれば、これを遠ざけるなりして、危険の発生を防止すべく適切な処置をとり、もって、幼児の安全を保護すべき義務があるというべく、この点親権者その他幼児を保護すべき法律上契約上の義務ある者ばかりでなく、本件

の如き同じマーケット内に店舗を持つ者同志（店員を含む）のいわば隣人として、好意で幼児をあやしたりするため一時抱き取った場合でも、異なるところはない」からであるとする。

さらに、事業執行性についても、幼児の一時預かりなども化粧品店の業務に付随するサービスともいえるとしてこれを肯定し、またYの監督義務違反も肯定した。なお、XらがAを放任していた点、適切な治療処置を怠った点に過失があるというYによる過失相殺の抗弁に対しては以下のようにいう。すなわち、「Xらがその営業多忙にかまけて、日頃Aの市場内の独り歩きを放任し、それがため、Aが他の店舗に自由に出入りしていたことが認められ、事故当日も放任していたこと前認定のとおりで、この点Xら兩名としても、マーケット内の他人の好意に甘えていた感が強いが、さればといって、右の放任が直ちに本件事故発生に原因を与えたものということとはできない。何となれば、本件事故は、前認定の如く、Y方従業員がAを誘って抱き上げ、さらに店内奥にいる別の従業員に抱き取らせたがゆえに発生したものであって、Xら兩名の放任とは未だ因果関係ありというを得ないからである」としてこれを退けた。適切な治療措置を怠ったという点についても、これを認めるに足りる証拠はないとして退けている。

(二) 損害回避の注意義務とその違反を認定したが、加害者の賠償責任を限定した裁判例

③【津地方裁判所昭和58年2月25日判決（隣人訴訟）】判時1083号125頁 〔事案の概要〕

X夫妻（原告）とY夫妻（被告）とは、いずれも昭和49年に同じ団地に転居し、以降隣人として交際を始めた。X夫妻の子であるAは、事故当日、Y夫妻宅の庭にてY夫妻の三男であるBと遊んでいた。X妻が買い物に出かけるためにY宅を訪れAを呼んだところ、Aがこれを拒んだ。X妻はY夫の口添えもあり、AをそのままBと遊ばせておき、Y妻によろしく頼む

旨を告げた。Y妻も子どもたちが2人で遊んでいるから大丈夫でしょうと
いってこれを受けた。

X妻の去ったのち、Y妻は10から15分くらいは子どもらが屋外で自転車に
乗るなどして遊んでいる姿を視認していたが、その後は屋内に戻っていた。
7、8分後、次の仕事に取り掛かろうとしたところ、Bが戻り、Aが泳ぐと
いい池に潜ったきり帰ってこないと告げた(事件は5月であったが、汗ばむ
くらいの気温であった)。近隣住民らとともに池を搜索したところ、水際か
ら5～6m、水深3～4mのところ、Aが沈んでいるのが発見された。Aは、
救急車で病院に搬送されたが、すでに死亡していた。

Xらは、Yらに対して訴訟を提起し、同時に市・県・国、そして池を掘削
した企業を訴えた。Yに対しては、契約責任ないしは不法行為責任を、その
他の者に対しては、不法行為責任を追及し、それぞれ合計で逸失利益955万
3075円、A本人の慰謝料500万円、葬儀費用30万円、Xらの慰謝料各100万円、
弁護士費用400万円の支払いを求めた。

[判 旨]

一部認容。津地方裁判所は、原告の請求のうち、被告Yに対する請求の一
部のみを認めた。その内容は以下のとおりである。

事実関係からすれば、「X妻とYらとの応答は…、近隣のよしみ近隣者と
しての好意から出たものとみるのが相当であり、XらがAに対する監護一
切を委ね、Yらがこれをすべて引受ける趣旨の契約関係を結ぶという効果意
思に基づくものであったとは認められないから、準委任契約の成立を前提と
するXらの債務不履行の主張は、その余の点につき判断するまでもなく失
当である」。

しかしながら、「Y妻はX妻が去った後、子どもらが乙地(※事故現場で
ある池に続く空き地)で自転車に乗って遊んでいるのを認識していたのに加
え、証拠によれば、乙地と本件池との間には柵などの設備がなく、…子ども
らが自由に往来できる状況にあったこと、掘削により水深の深い部分が生じ

ていること、Aが比較的行動の活発な子であること、本件池への立入りを厳しく禁じていたBの場合と異なり、Aは渇水期にはX夫と共に水の引いた池の中に入り、中央部の水辺にまでいったことなどをYらは知っていたものと認められ、かつまた、前認定のように当日は汗ばむような気候であったのであるから、乙地で遊んでいる子どもら、ことにAが勢いのおもむくまま乙地から水際に至り、水遊びを興ずることがあるかもしれないこと、したがってまた深みの部分に入り込むおそれがあることは、Yらにとって予見可能なことであったというべく、そうだとすれば、幼児を監護する親一般の立場からしても、かかる事態の発生せぬよう両児が乙地で遊んでいることを認めた時点で水際付近へ子どもらだけで立至らぬように適宜の措置をとるべき注意義務があったものといわなければならない」から、このような措置をとらなかった以上、Yらは民法709条、719条に基づく責任を負うべきである。

ただし、Yらの責任の範囲については、「当日Yら方は大掃除をしており、Yらも平素に比し多忙であったこと、Yらの応答は諸般の事情から近隣者としての好意に出たものであることは、X妻においてもこれを認識していた(少なくとも認識しうべきものであった)と認められる以上、Aに対する監護のあり方は、現にBと二人で遊んでいるのを仕事の合い間合い間に看守すること以上には期待できない(たとえば屋内に二人を入れて面倒をみるなど)事情にあることを知りながらYらの好意に期待しAを残していったものというべく、そうすると、たとえば有償で看護保育を委託するとき場合と監護のあり方について全く事情を異にするものであることは自明の前提というべきであるから、かかる場合に、よって生じた結果につき、有償の委託の場合などと同様の責任をYらに負担させることは、公平の観念に反し許されない(いうなれば有償の委託の場合などに比し、義務違反の違法性は著しく低い)ものというべきである」。「また本件のごとく既存の溜池に近接して造成された土地に居住する以上、不慮の自己のないように子どもに対し、平素から池に対する接し方をきびしく仕付けておくことは親の子に対する監護の

あり方として当然なすべき筋合いのものであるところ、…Aに対する仕付けのあり方に至らぬところがあったこともその背景をなしているものと推認できるから、過失相殺の法意を類推し、この点もまたYらの責任の範囲を考えるにつき斟酌すべき理由の一つとなすべきである」とした。

そして以上の二点を総合考慮し、損害の衡平な分担を考えて本件事故による損害の分担割合はXら7に対しYら3とするのが相当であるとした。そして、Yらが負担すべき損害は、慰謝料955万3075円の3割に当たる286万5922円、慰謝料はA本人について100万円、Xら各50万円、葬儀費用30万円、弁護士費用は40万円とみるのが相当であるとした。

④【津地方裁判所昭和58年4月21日判決】判タ494号156頁

〔事案の概要〕

昭和51年8月1日、「四ツ葉子ども会」が計画実施した川辺でのハイキングに参加した児童Aが、川遊び中、他の児童2、3名と岩場を伝い上流に向かって途中、深みに落ちて水死するという事故が起きた。ハイキングは同会の総会において計画が承認され、行き先の選定については役員会に一任されたため、会長であるY1、書記Y2、活動指導の中心となっていたY3らが下見をして選定した。引率については子どもたちの自主性を尊重するために会の役員だけで行うと決定され、ハイキングには、児童30名（小学1年から6年）、中学生OB6名、引率者11名が参加していた。

そこで、亡Aの親であるXら（原告）は、引率者ら（被告1）に対してはハイキングの計画の段階で川遊びの方法や監視の仕方等安全対策について十分検討していなかったこと、川遊び場所を選定するに際して、河床・上下水流の状況を水深・水流を含め調査し、児童・生徒に危険でない場所を選定・変更する義務を怠った点に過失があるとし、また県および市（被告2）に対して、社会教育奨励に基づいて、体育・レクリエーションの際に、河川等危険区域におけるレクリエーションを禁止する義務があったがこれを怠ったこ

と、子ども会活動についてその指導者の育成や専門的指導を行うべき義務があるのにこれを怠ったという点に過失があるとして、それぞれ不法行為責任、国家賠償責任を追究し、Xらはそれぞれ、2516万1360円および2486万1360円の賠償と遅延損害金の支払いを求めた。

〔判 旨〕

裁判所は、まず引率者らのうち、ハイキング場所の選定に関わったY1、Y2、Y3らの責任を認めた。Y3の責任については以下のようにいう。すなわち、子ども会の計画は飯盒炊飯が中心で川遊びは付随的なものに過ぎず、それ自体危険な計画であったとはいえ、また子ども会活動は児童の成長にとって有益であるといえる。しかし、「右計画はいまだ十分な思慮判別に乏しく年少の児童が参加して行われるものであることを考慮すれば、…大人としての引率者において後見的に指導監督し、特に、児童らの身体・生命が重大な危険にさらされることのないように配慮することが必要であることは否定できないし、まさにそれが引率者の役目であるとも言える」。「そうだとすると、いかに川遊びといえども、まず場所を選定するについて実施区域の危険性の有無を十分に調査しておく必要があると認められるところ、…本件ハイキングにおいてはY3らによって事前に現場の下見が行われているが、…川の中に入って水深や水中の状況を確認する等の調査まではしていなかったものの、川底や岩がこけで滑りやすいことやその上流と下流に深みがあることはY3において認識していたことからすれば、このような場所を川遊びの場所として選定するについては、児童に対して実施区域を明確に指示するとともに、児童の年齢構成、行動特徴などからみて、上・下流の深みに入り込むことのないよう監視体制を整えて事故を未然に防止すべき義務があるものと認められる」。そしてY3は、注意事項を十分に伝達せず、監視分担などもせず、Y1およびY2に同意を求めた程度で川遊びを認めたのであり、前記注意義務の違反に当たるとした。Y1およびY2の責任については、両者ともY3とともに場所の選定をしたものであるためにY3と同様の注意義務を負っていた

が、川の中の安全性を十分に調査しなかったこと、監視体制をとるなどの対応をしなかったことに過失があるとされた。

その他の引率者については、役員であるものとそうでないものが含まれるが、役員であった者も現場の下見に参加していなかったこと、引率者の中には当日の直前になってから荷物運びなどのために臨時に参加を求められた者もあり、いずれも一般的に引率者として児童の安全に配慮すべき義務は認められるものの、それはあくまでも抽象的な義務にとどまり、本件事故当時、事故を防止するための具体的注意義務があったものと認めることはできないとされた。

県・市の責任については、社会教育法の規定は具体的作為義務の根拠とならないとされ、理由がないとされている。

損害額の算定については、まず A 死亡による逸失利益として1553万6862円が認定されたが、これについては、亡 A が9歳であることから少なくとも同年齢の平均的児童と同程度の判断能力を有していたこと、Y3による川遊び指定区域から15mも離れた深みで水死していることから亡 A の行動に逸脱がなかったとはいえないことなどから、損害額の算定についてはこれらを過失として斟酌すべきであるとする。さらに、「本件の場合、無償の奉仕活動によって支えられている子ども会活動の一環として実施されたものであり、子ども会活動はあくまで子どもの自主的活動を中心とするものであるから、その行事に参加する子どもは、当該行事において、集団の仲間の中で、指導者の助言をうけながら、自主的に仲間と協力し合って行動を共にしてゆくことを了承し、これを前提として参加しているものというべく、…したがって、かかる活動により法益侵害の結果が生じた場合、業としてなされる団体活動（たとえば、本件の場合に比していうならば、施行業者⁽⁷⁷⁾によりなされるハイキングツアーなど）に比し、その違法性の程度は著しく低いものと評価すべきであり、まして被害者自身において結果発生危険性のある状況を自ら作出した場合は尚更のこと」であるとし、損害の公平な分担という見

地から、被告らが負担すべき損害の割合を2割とするのが相当とした（なお、引率者らは抗弁の一つとして、「被告らは労務の無償給付を行ったものであるから贈与若しくはこれに準じた無名契約とみて、民法551条により何らの担保責任を負わないものであり、しからずとしても本件のごとき場合には、責任を問わない慣習が存在する」と述べている）。そして、結局被告らが賠償すべき逸失利益は310万7372円であるとした。また、亡Aの慰謝料は50万円、Xらの慰謝料はそれぞれ50万円、葬儀費用として30万円、弁護士費用として30万円が認定された。

（三）行為の無償性を理由に、損害回避の注意義務の存在が否定された裁判例

⑤【鹿児島地方裁判所平成1年5月29日判決】判タ708号213頁

〔事案の概要〕

A町内会主催の草刈奉仕作業に従事していた原告Xの妻が、傾斜地での作業中歩道に転落し、脳挫傷により死亡した。Xおよびその息子はA町内会の会長であるY（被告）に対し、草刈奉仕作業の対象区域の設定、人員配置、作業内容、手順等について影響力を行使できる立場にあつてもかかわらず、危険性の高い傾斜地を対象地域としたこと、危険防止策を策定しなかったこと、住民に対する適切な指導を行わなかった注意義務違反があるとして不法行為責任を追及し、妻の死亡による損害の賠償を求めた。

〔判旨〕

裁判所は、Yの責任について以下のように述べる。A町内会が会員相互の親睦を図ることなどを目的とする住民団体であり、その活動は住民の総意に基づき、住民の参加、協力を基礎にしつつ、町内会長以下の役員の無償に近い役務提供により支えられているものであるから、「町内会長の役務提供が無償の奉仕に近いものであること及び参加住民は作業内容の危険性の有無、程度について十分な判断能力を有していると認められることを考慮するなら

ば、本件草刈奉仕作業における事故防止のための責任配分については、町内会長が全面的にその責任を引受けているとみるのは相当でなく、むしろ各参加者においてその責任で自己の能力に見合った場所、作業内容、作業方法を判断して作業を行うことが期待されているというべきであって、町内会長においては、住民による安全な草刈作業が極めて困難な場所を作業対象地域に含めないよう配慮すべき注意義務があることは勿論であるが、そのような場所でない限りは、事故防止のために必要な用具を備えさせ、これを用いて、作業するように働きかけるなどの一般的な注意義務があるに止まるというべきである」。

そのため、本件傾斜地が草刈作業を行うことが困難なほどの傾斜地とはいえないこと、作業場所の選別は各参加者において行うことが期待されていること、XらはYに住民の安全な作業についての監視監督義務があったとするが、Yにそこまでの注意義務は要求されないとして、右主張は失当であるとする。

(四) 契約関係の不存在を認定し、債務不履行責任を否定した例

判例⑥は、相手方による無償行為に基づいて損害を被った被害者が、相手方に対して契約不履行に基づく債務不履行責任のみを追及したところ、判決においては契約関係の成立が否定され、このために請求が棄却された例である。加害者の責任に関する判断はなされていないものの、無償行為者が果たすべき注意義務について言及している点で注目でき、ここで取り上げることとする。

⑥【東京地裁平成10年7月28日判決】判時1665号84頁

〔事案の概要〕

脳出血のためA病院に入院し、左半身麻痺の後遺症のためのリハビリ訓練を経て退院したX（原告）は、その歩行介護のためにA病院を通じ、介

護ボランティアの派遣センターである被告 Y1協会所属ボランティアの被告 Y2その他1名を紹介された。X は Y2に付き添われて A 病院でのリハビリ訓練に赴き、同訓練を終えて病院玄関に向かったが、Y2がタクシーを呼ぶために一時 X のもとを離れたところ、X が玄関付近で転倒し右足大腿骨骨折の傷害を負ってしまった。

X は、Y1に対し、X と Y1との間で介護者派遣に関する準委任契約（介護者派遣契約）が成立し、Y1は X の身体に対する危険が生じないよう配慮する義務があるというべきところ、Y1の履行補助者である Y2の過失によって本件事故が発生したとし、また、Y2には X の身体に危険が生じないよう配慮すべき義務があったところ、病院1階のエレベーターを降りたところで歩行介護をやめ、本件事故を発生させた過失があるとして、債務不履行責任に基づいて損害賠償を請求した。

〔判 旨〕

請求棄却。東京地裁はまず、X — Y1間の準委任契約の成立について以下のように述べる。すなわち、「前記認定によれば、Y1はセンターの事業として『ボランティアの派遣』を行っており、Y2の本件歩行介護もボランティアセンターから『派遣』された形で行われる世になったものであることが認められるところ、…ボランティア活動は、本来、他人から強制されたり、義務としてなされるべきものではなく、希望者が自分の意思で行う活動であるから、ボランティアセンターに登録したボランティアといえども、ボランティアセンターに対する義務としてボランティア活動を行っているのではなく、ボランティアがボランティアセンターの求めに応じてボランティア活動を行うようになったからといって、Y1とボランティアとの間に何らかの法律関係が発生するわけではないというべきである」。「…すなわち、Y1は、ボランティアの派遣依頼の希望に応じて適切な登録ボランティアを紹介するが、ボランティア派遣依頼者に対してその依頼に応じて登録ボランティアを派遣する法的義務までを負うものではない」として、準委任契約の成立を否定し、

同契約の成立を前提とする X の主張を退けた。

ただし、無償ボランティアを行う Y2 に求められる注意義務については以下のように言及し、結局 Y2 の過失は否定されるとしている。「ボランティアとしてであれ、障害者の歩行介護を引き受けた以上、右介護を行うに当たっては、善良な管理者としての注意義務を尽くさなければならず（民法644条）、ボランティアが無償の奉仕活動であるからといって、その故に直ちに責任が軽減されることはないというべきであるが、もとより素人であるボランティアに対して医療専門家のような介護を期待することはできないこともいうまでもない。例えていうならば、歩行介護を行うボランティアには、障害者の身を案ずる身内の人間が行う程度の誠実さをもって通常人であれば尽くすべき注意義務を尽くすことが要求されているというべきである」とし、無償ボランティアといえども644条に規定される注意義務を要求されるが、医療に関する専門家でないボランティアには相対的に医療従事者ほどの注意義務を期待できないとしている。そして事案では Y2 にこの注意義務違反はなかったとした。

二 検 討

先に挙げた六つの判例は、いずれも無償行為が原因となって損害が発生したという事例に関わる。上記裁判例は、注意義務の有無と責任の範囲について、大まかに三種に分類できる。いずれも加害者側の好意や無償性が判断要素に含まれている点で共通するが、その評価は大きく異なっている。すなわち、好意や無償性を判断要素としながらも、損害回避の注意義務を認定するもの (①・②)、注意義務を認定しつつ、「損害の公平な分担」という見地から、好意や無償性を一つの評価として責任（損害賠償）の範囲を制限するもの (③・④)、そして、好意や無償性という要素を一理由とし、そもそも注意義務の存在を否定するもの (⑤) である。判例⑥では、被害者が契約責任のみを追及し、裁判において契約関係の成立が否定されたことから請求が退

けられている。しかし無償のボランティアという事実が直ちに責任や注意義務の制限を導くわけではないが、無償行為者が非専門家である場合には、専門家と同等の注意を求めることはできないとの指摘に注目できる。

(一) 契約の成立について

まず、契約関係の成立について検討する。先に挙げた各事例では当事者間に一定の契約関係が成立しているとも見受けられるものも見られる。たとえば、判例①や③では幼児の一時預かりに関して、判例②や④では子どもの引率、そして判例⑥では後遺症患者の介護に関してそれぞれ当事者間の関係から無償準委任契約が成立しているとも考えることができる。特に判例①では、裁判所自ら「好意的協定関係」が当事者間にあったとしている。しかしこのような好意関係がどのような意味を持つのかについては明らかでない。個々の裁判例では、いずれについても契約関係の存在が否定されているか、あるいは当事者によってそもそも問題とされていない。六つの裁判例のうち、損害を被った被害者が契約関係の存在を理由に債務不履行責任を（合わせて）追及した例は判例③と⑥のみである。判例③および⑥では、それぞれ幼児の一時預かりと後遺症患者の歩行介護についていずれも準委任契約が成立していたと被害者側から主張された。これにつき判例③では、当事者間の応答は「近隣者としての好意から出たものとみるのが相当」であり、「原告らが子どもに対する監護一切を委ね、被告らがこれを全て引受ける趣旨の契約関係を結ぶという効果意思に基づくものであつたとは認められない」として、準委任契約の成立を否定した。また、判例⑥では、「ボランティア活動は、本来、他人から強制されたり、義務としてなされるべきものではなく、希望者が自分の意思で行う活動であるから、ボランティアセンターに登録したボランティアといえども、ボランティアセンターに対する義務としてボランティア活動を行っているのではなく、ボランティアがボランティアセンターの求めに応じてボランティア活動を行うようになったからといって、被告協議会と

ボランティアとの間に何らかの法律関係が発生するわけではなく、このことから、「被告協議会のボランティアセンターが、ボランティア派遣依頼者の求めに応じてボランティアを『派遣』することになっても、右によって、被告協議会とボランティア派遣依頼者との間に、ボランティアの活動を債務の内容とするような準委任契約が成立するとみることはできない」とされている。学説では、とくに判例③のいわゆる隣人訴訟において、裁判所が当事者間に契約関係（準委任契約）の成立を認めなかったことに対して批判的な見解も見受けられる。たとえば森島昭夫教授は、この判決について、「善良なる管理者の注意義務を要求されない準委任契約の成立」を認めてもよかったのではないかとされている。¹⁵⁴⁾

(二) 注意義務の存立根拠とその違反の有無

ここで取り上げた各判決では、いずれも当事者間に契約の成立はなかったとされた事例である。しかし、判例⑤を除いて、いずれの裁判例でも好意により行動した加害者側に損害回避のための一定の注意義務の存在を認定し、さらにその違反あったとしている（判例⑥は注意義務の存在を認めたものの、被害者が契約責任のみ追及していたために、責任を認めるには至っていない）。そこで、上記各判例において、それぞれ加害者側にいかなる注意義務がいかなる根拠に基づいて存在するとされたのが問題となる。

注意義務の存立根拠に従って上記各判例を整理すると、判例①を除くすべての例において加害者が置かれた事実的状况から一定の注意義務の存在が認められている。すなわち、判例②では子どもを一時的にせよ預かった者は、子どもに危害が及ばぬよう配慮すべきとされ、さらにこのことは幼児預かりに関する当事者間の契約の有無に左右されないと指摘している。判例③でも、「子どもを預かる親一般の立場」という観点から、子どもに危害が及ばないように配慮すべきとされ、判例④でも、子どもの引率者・ハイキングの計画者としての立場から危険防止のための義務があるとされている。そして判例

⑥では、無償のボランティアといえども注意義務を直ちに軽減されるわけではなく、644条に従って善良なる管理者の注意義務を要求されるとする。しかしその一方で、無償のボランティアに専門的医師に対して要求されうる注意義務を求めることはできず、「歩行介護を行うボランティアには、障害者のみを案ずる身内の人間が行う程度の誠実さをもって通常人であれば尽くすべき注意義務を尽くすことが要求されているというべき」とも¹⁵⁵⁾されている。

判例①では、事実認定を踏まえて当事者間に「好意的協定関係」があったとされ、加害者はこの協定関係の趣旨に沿うべき義務があり、これをもって一定の注意義務が課されるとされている。

判例⑤では、町内会の草刈作業に参加し、作業中の事故により被害者が負傷した事案につき、町内会長は、町内会長という職務の無償性のために、作業参加者に対して作業場所の割当てやその内容に配慮し危険が生じないように注意する義務はなかったとされた。ただし、判旨では職務の無償性ととも、作業への参加、作業場所の選定が参加者の任意に委ねられているという点も考慮して、町内会長の注意義務の認定がなされているようである。

このように、契約関係はなくとも一定の事実状況に置かれた者は、その状況下で要求される注意（子どもの監護など）を果たすべきこととされているようであり、また行為の無償性や好意といった観点から、直ちに注意義務が軽減されるわけではないということも一般的に述べられているといつてよい。

(三) 責任範囲の判断について

無償行為に基づいて他人に被害を与えた者の不法行為責任に関する諸判決の全体的な傾向をみるに、好意から無償で何らかの行為をし、それが原因で損害が生じた場合において、加害の原因が無償行為にあるといえども、加害者につき損害回避のための注意義務が一般に認められているといえる。前掲の裁判例は、幼児の預かりや子どもの監護など、判断能力や身体能力に未成

熟な部分があり危険に接近しやすい子どもに関わる事故を扱う事例が多いという特殊性はあるものの、加害者に損害回避のための注意義務を認め、多くの事例でその注意義務違反につき過失があると認定されている。この点で、「好意」や「無償」という要素のみでもって直ちに注意義務を否定しあるいはそれを軽減するような傾向はないといえる。¹⁵⁶⁾

他方で判例③および④に顕著であるが、好意や無償性を責任の範囲、すなわち、加害者が負担すべき損害の範囲を考慮するにあたって評価対象に含め、もって賠償責任を軽減するという傾向も読み取れる。¹⁵⁷⁾ しかも、そこでは幼児や子ども、後遺障害患者の身体の安全といった重大な利益の保護が問題となっていることとは必ずしも直結していない。

もちろんこのことをもって、好意や無償という要素が責任範囲の判断に影響すると即断することはできない。たとえば、友人等を無償で車に同乗させ目的地まで送る際に事故が発生し、無償で同乗している者に損害が発生するような場合、いわゆる好意同乗という問題が生ずるとされるが、裁判例・学説ともに被害者が無償で同乗していること、そして加害者（運転者）が無償で同乗を認め、好意を示していたことを理由に加害者が負うべき責任を軽減すべきとすることは一般に支持されないと指摘されている。¹⁵⁸⁾ たしかに、上記各事例においても、損害発生の態様、加害者が無償で相手方のために一定の行為を果たすに至った事情や、好意が示される経緯などがさまざまである以上、好意や無償性といった要素が含まれていることからただちに加害者の注意義務や好意に対して配慮すべきという結論にはなりえない。¹⁵⁹⁾ ただし、そうだとした場合も裁判例において行為や無償性という要素を、責任範囲の判断に当たって、その制限のための評価要素の一つとして扱っているものもあるということも事実であるといえよう。

VI 小 括

以上が日本民法における無償契約債務者の責任をめぐる議論状況となって

いる。学説では、主として①551条1項における贈与者の責任制限規定の解釈問題と②無償委任契約において受任者の責任や義務を制限すべきか否かが論じられる傾向にある。すなわち551条1項については、その規定する責任の性質や、瑕疵について善意である贈与者がその責任を免れる範囲、瑕疵について知りながら告げないという場合に贈与者が負うべき責任の内容が、とくに570条の法的性質論と関連づけられながら論じられている。そして無償委任契約では、無償契約でありながらその他の無償契約規定とは異なって無償受任者の注意義務等を軽減しないという規定態様に対し、659条を類推するなどして注意義務の軽減を図るべきかどうかということが問題とされていた。

一 旧民法における無償契約債務者の責任制限規定¹⁶⁰⁾

旧民法においても、現行民法と同様に無償契約の債務者について、その責任を制限する趣旨の規定が置かれていた。特に、財産編において有償契約と無償契約とで担保責任の有無や注意義務に差異を設けていることが特徴的であった。さらに各契約類型においても、とりわけ寄託契約と委任契約とに特徴のある規定があることが分かった。

(一) 制限の根拠について

旧民法においては、一般に契約の恩恵性であるとか、債務者の好意を理由として無償契約債務者の責任や注意義務が軽減されるものと考えられていたようである。委任契約では、無償委任契約であっても受任者は原則として善良なる管理者の注意義務を負うとされたが、無償の場合には過失の判断を寛大に行うとされていた。その理由も、無償委任が締結される場合、より受任者の「好意が篤い」ことに求められている。

(二) 担保責任について

1 責任の性質

旧民法では、無償契約では原則として追奪担保責任が制限されるとあり(財産編396条)、無利息消費貸借(取得編182条)や使用貸借(取得編204条)、そして贈与(取得編351条)に関する取得編の規定でさらに担保責任に関する準則が定められている。¹⁶¹⁾すなわち、贈与者や消費貸借貸主、使用貸借貸主は、原則として追奪担保責任などを負わないが、瑕疵を知りながら告げないという場合は例外となるとされている。しかしこの場合に帰責される責任は、契約の片務性を強調することで、契約責任ではなく不法行為責任であるという理解が一般的であった。

2 制限の範囲

それでは、旧民法において原則として制限される担保責任によって、具体的にはどのような損害がその制限される責任の対象であると考えられていたのでしょうか。無償契約債権者は恩恵的に利益をただ受けるため、目的物に瑕疵があり、あるいは追奪を受けるなどしてもそれを甘受せよということであるが、たとえば目的物の瑕疵から拡大的结果的に損害が生じた場合にも、免責の対象となるのでしょうか。しかしこの点について言及するものはほとんど見当たらないために詳細は不明である。

3 帰責要件について

旧民法では、無償契約において債務者が担保責任から免れるためには、原則として瑕疵について善意である必要があるとされ、ただし債務者に「詐欺」や「害意」がある場合にはこの限りではないとされていた。ここで害意という要件について、ボアソナードは単に瑕疵の存在を知っていたという悪意では足りず、債権者に積極的に損害をもたらすという意図が必要であるとしていたことに注目できる。その他、たとえば債務者側に瑕疵を知らないことに

関して過失がある場合などはどうであろうか。これについて、たとえばボアソナードは善意でありさえすればよく、善意有過失であってもよいとしていた。

(三) 注意義務について

委任契約では、原則として無償であっても善良なる管理者の注意義務を負うが、ただし無償委任契約であれば過失の評価を寛大に行うとされていた。また、寄託契約では無償類型のみが規定され、さらに寄託契約において受寄者が果たすべき注意義務は、自己の財産に対するのと同一の注意でよいものとされていた。

寄託契約について受寄者の注意義務が制限されている理由は、通常の場合、寄託者は受寄者が普段どのような注意をもって物を保管するかを知って契約を申込みこと、そして無償であるにもかかわらず受寄者に高度の注意義務を要求すると、かえって契約の締結を承諾する受寄者が少なくなってしまうことがその理由として挙げられている。(無償) 寄託契約において受寄者の注意義務が制限される理由は、①当事者(とくに寄託者)の意思と、②寄託契約の締結を促すため、受寄者に一定のインセンティブを与えることがその理由とされていたようである。

他方で委任契約では、無償委任であっても受任者の注意義務を原則として制限していないが、その理由として、受任者は委任者のために委任者の利益を最大限に実現するために行為するので、高度の注意義務が要求されるとされていた。しかし、無償委任契約では、実際に受任者が義務違反によって委任者に損害を与えたという場合、裁判官は受任者の過失を判断するにあたってより寛大であるべきとされていた。つまり、具体的裁判に際して裁判官の裁量として、無償受任者の帰責要件を緩和してもよいとされていたこととなる。これは、もともと委任契約そのものが好意によって成り立つ契約であるが、無償委任の場合にはそれがより一層表れるからであると説明されている。

無償委任契約では、債務者＝無償受任者の行為が責任制限の理由として強調されている。

二 現行民法立法過程における無償契約債務者の責任に関する諸規定¹⁶²⁾

無償契約において債務者の責任や注意義務に配慮するということは、現行民法にもみられるところである。さらに現行民法立法過程における議論では、いくつか注目すべき立法者意思が表れていたことがわかる。

(一) 制限の根拠について

旧民法では一般に、無償契約における責任制限規定の根拠については債務者の好意という要素が強調される傾向にあった。他方で現行民法を起草した立法担当者らの意見を見るに、債務者の好意といった点よりも、主に各契約の特徴をもとに、当事者意思を出発点としてそれぞれの契約に合うかたちで責任制限規定を置いた（あるいは置かなかった）ということがわかる。

まず特徴的であるのは、現行民法起草に当たって、契約が有償であるか無償であるかという区別に応じて債務者が果たすべき注意義務の程度や帰責の要件などに区別を設けるということとはしないとの態度決定がなされたことである。旧民法では、財産編において契約が有償の場合と無償の場合とを分けて、無償契約では一般に担保責任が免除されるといった規定が置かれていたことと対照的である。その結果、個々の無償契約における責任制限規定についても、「無償であるから」という理由よりも各契約の性質から規定されることとなった。

贈与では、一般に外国法のように贈与を軽いものとはせず、債務不履行責任を負うための基準を緩和するなどの措置は設けないと明言された。そのため、注意義務の軽減や帰責要件を緩和するような規定は現行民法典では設けられなかった。しかし担保責任に関しては、贈与の性質（無償の財産権移転）や「それだけのものをもらう・やる」という当事者の意思から、たとえ目的

物に瑕疵や欠陥があっても責任を問う・負うということは原則として考えられず、そのために担保責任を制限する規定を設けるものと説明された。また、寄託に関しても、無償寄託の場合には受寄者の注意義務が有償寄託の受寄者と比べて制限される（＝自己の物に対するのと同一の注意）と規定された。これは無償寄託の場合には寄託者が受寄者の普段の注意を知って寄託することが通常であり、そのためにそれ以上の注意義務を受寄者に要求することは酷であって当事者意思に合致しないと説明された。

委任契約では、旧民法とは異なって無償委任契約の場合の特別規定などを置いていないが、これは立法者が報酬の有無によって注意義務などに差異を設ける規定を「煩わしい」区別と考えたためであり、そして特別な理由がない限りは無償契約の債務者でも400条に従って善管注意義務を負うのが原則であると考えられたためである。

（二）担保責任について

贈与者の担保責任を原則として制限する規定である551条1項の立法過程では、責任制限規定の射程をめぐる議論に注目できる。たとえば、贈与した鉄砲がさびていたために暴発した場合や、伝染病患者が着ていた着物を贈与したために、受贈者が感染して死亡した場合に贈与者は551条1項を理由として損害賠償責任を免れるのかということが議論されている。立法者によれば贈与者が瑕疵について知らない限り、これらの場面では責任を免れると回答されている。立法者の意図としては、目的物の瑕疵のために拡大的に受贈者の完全性利益に損害が生じたとしても、贈与者が瑕疵について善意である限り（＝551条1項本文の要件を満たす限り）そのような損害についても贈与者は責任を負わないと考えられていたこととなる。また、梅博士によれば、贈与した土地等が追奪を受けた場合で、贈与者が第三者の所有物であることを知りながら黙秘していたような場合には、損害賠償の範囲はその目的物の全価額であるとされる。

551条1項本文による責任の制限と、ただし書による帰責については、贈与者が瑕疵＝受贈者への損害発生の認識を有していたかどうかが基準とされ、ただ目的物を与えるというために、損害発生の認識がなければ免責され、その認識を有しながら黙秘しつつ贈与し、損害を与えたのであれば帰責されると構成されていたようである。

(三) 注意義務について

現行民法が起草される際、債務者が債務の履行につき果たすべき注意義務は善良なる管理者の注意義務であるとされ、このことは無償契約の債務者であっても変わらないとされていた。そのため、贈与や使用貸借において、債務者の注意義務を軽減するような規定はなく、委任契約では、無償委任の場合に受任者の過失判断を緩やかに行うべきとする旧民法の規定に対し、現行民法の立法者はこれを煩わしい区別として退けた。しかし寄託に関しては、立法者自身が上記原則からの例外を認める必要があるとし、無償寄託の債務者である受寄者は、自己の財産に対するのと同じの注意を寄託物保管に用いれば足りるとされた。その理由は、無償寄託を申し込むに際して寄託者は一般に受寄者が自分の財産を保管するために普段用いている注意の程度を知って申し込むのであって、そのために受寄者にそれ以上の高度の注意義務を要求することは、無償寄託契約における当事者の意思にそぐわないためとされていた。

三 現在の議論¹⁶³⁾

以上のような理念の下に立法されるに至った現行民法では、無償契約の債務者といえども原則として400条に従って善良なる管理者の注意義務を負うとされ、ただ各無償契約の特徴から個別に責任制限規定が設けられるに至った。そのため現行民法では旧民法や諸外国に比べて無償契約における債務者をそれほど優遇してはいない。他方で現在の議論を見るに、659条による注

意義務の軽減を無償契約の一般法理とみて、無償契約債務者一般の責任制限を図ろうとする見解や無償委任に関しても注意義務を軽減すべきという見解もあるなど、有償・無償という契約形態の相違に着目して債務者の責任や注意義務にも差を設けようとする志向も見て取れる。

551条1項をはじめとする贈与者の担保責任の制限に関わる問題については、570条における法定無過失責任たる担保責任と平行に考えて法的性質等を構成する説が圧倒的多数である一方で、立法者の見解を参考に積極的債権侵害論を取り入れる見解や、これを担保責任の制限とは見ずに債務不履行責任（不完全履行責任）の制限であるとして415条に対する例外とみる見解など多くの見解が林立しているという状況にある。

(一) 贈与契約における責任制限について

1 制限の根拠について

贈与者が担保責任を制限される理由としては、大きく①当事者の意思（たとえば好意）によるというもの¹⁶⁴⁾と②契約の無償性＝対価が存在しないことによるというものがある。②の見解を主張する者は、570条にいう売主瑕疵担保責任を対価的均衡維持のための法定無過失責任たる担保責任と捉えたうえで、この責任と551条1項にいう責任とを平行に考える。そうすることで551条1項により担保責任が制限されている理由は、無償契約である贈与契約では対価が存在せず、有償契約である売買とは異なって対価的な牽連関係を維持する必要がないために、担保責任を負わせる必要がないととらえられている。

2 贈与者が責任を負う基準について

原則および立法者の意思に鑑みれば、贈与者は無償契約の債務者であるといえども特定物引渡しの際には400条に従って善管注意義務を用いた保管義務を負い、遅滞や不能の場合には415条の基準に従って責任を負うこととな

る。

現在では、少数ではあるものの、659条の規定を準用・類推して贈与者ほか無償契約の債務者一般も自己の財産に対するのと同一の注意さえ果たせばよいとする見解もあり、さらには、外国法（とくにBGB521条）を参考に、贈与者は一般に故意または重大な過失がなければ責任を負わないと考えるべきとする有力な見解もある¹⁶⁵⁾。

契約の有償無償という差異を、債務者の責任や義務内容にも直結させようとすることで、このように諸外国法や無償契約債務者の責任制限規定の趣旨を拡大し、無償契約債務者の一般法理としての責任制限を実現しようとの志向が読み取れる。

3 担保責任の性質について

最も見解が分かれているのはこの点についてである。多数の見解はこれの責任をいわゆる担保責任にとらえるものの、その担保責任がいかなる性質であるのかについて理解が分かれている。その中でも多くの学説は、551条1項にいう担保責任を570条にいう法定無過失責任たる担保責任であると理解し、担保責任の射程などもそれに準じて構成している。すなわち、551条1項によって原則として免除され知らずながら告げないという基準によって帰責される担保責任に基づく損害賠償の対象を、信託利益に対する損害であると理解する。しかし、不特定物にも適用があるかどうか、拡大損害による完全性利益侵害に基づく損害にも551条1項の適用があるかどうかについて、意見の相違がみられる。

一方で、梅博士や来栖博士、三宅博士らの見解は、551条1項による担保責任によって把握される損害を、目的物の瑕疵によって生ずる完全性利益侵害による損害であるとか（来栖博士など）、あるいはそれをさらに超えて、履行利益や目的物の本来の価額をも含めたいわば目的物の瑕疵によって生じうる全損害が551条1項によって把握されるとする見解（梅博士、三宅博士）

も見受けられる。

さらには、財産権＝財産的価値の移転という贈与契約の特徴を重視してか、目的物に瑕疵がある場合に問題となる損害を差額賠償であるにとらえる見解もある。この見解では、完全性利益侵害に対しては551条1項以外の責任規範によって対応すべきであるとされている。

また、551条1項にいう責任を担保責任ではなく不完全履行責任による債務不履行責任のための責任制限や、「知りながら告げない」という点に着目していわゆる契約締結上の過失責任に対する原則責任免除および例外的帰責を定めているものと解する見解もある。たしかに、551条1項の条文自体には、「物又は権利の瑕疵又は不存在」とあるだけであり、解釈によってはこのように理解することも可能ではある。しかしこのような場合、不完全履行責任に対しては免責がなされるのに、同じ本旨不履行である遅滞や不能に対しては全くなされないというバランスをどうするのかという疑問もないではない。ただし、この立場に立つ論者の中には、659条を準用するなどして贈与者の債務不履行責任一般を故意または重大な過失のある場合に限定しようとするものもある¹⁶⁶⁾。

なお、551条1項ただし書によって生ずる責任を、担保責任でも債務不履行責任でもなく、不法行為責任と理解する見解もある。旧民法においても、消費貸借や使用貸借に関する議論において、契約の片務性を強調してこのような見解を主張する論者もいたが、契約法規定によって不法行為責任が生ずるとの理解に対してはにわかには賛同しがたいように思える。

4 他人物贈与と551条1項の適用について

学説では、自己の物として贈与したが実は他人の物であったという場合に551条1項が適用されるか否かについて若干の議論がみられる。この場合に少数ではあるが有力な見解によれば、実際には他人の物であったとしても自己の物として贈与したのであれば551条1項の適用があるとされている¹⁶⁷⁾。ド

イツ法においても、権利調達義務と贈与者の担保責任制限との関係に関する判例および学説における議論がみられたところであり、参考¹⁶⁸⁾にできる。

(二) 委任契約における注意義務の軽減について

委任契約では、すでに見たように644条に従い無償受任者でも善良なる管理者の注意義務を用いなければならないとされている。しかし比較的近時の見解は、多少とも無償委任の場合（あるいは報酬が低廉である場合）において受任者の注意義務が軽減される場合もあるとするものが多い。そのような場合には、当事者間に明示または黙示の注意義務軽減に関する特約が存在すれば、注意義務の軽減を認めてよいという点では、ほぼ一致している。当事者間に特約が存在する以外にも、C.C.1992条2項などを参考として無償委任の場合には過失判断を寛大に行うべきであり、損害賠償の範囲を縮減すべきとする見解、さらに進めて、無償受任者の注意義務それ自体が軽減されてよいとする見解もある。

これについては、当事者の合意解釈レベルで注意義務の軽減を認めるか、さらに進んで644条の解釈として、無償委任には高度の注意義務が課されないとすべきかという2つの構成が学説上主張されている。

(三) 無償寄託における注意義務の軽減について

無償寄託においては、659条が受寄者の注意義務を軽減することを明記するが、その理由については多くの教科書類では「無償のため」とするのみである。しかし、いくつかの学説では、立法者と同様に寄託契約を締結する際の寄託者と受寄者の意思を推定して無償寄託の場合には受寄者の注意義務軽減を適当であるとする見解¹⁶⁹⁾と、無償寄託の場合には、債務者＝受寄者に好意があるためにその責任を軽減することが当然であるとする見解とがみられ¹⁷⁰⁾る。

ドイツ法においては、BGB690条による無償受寄者の注意義務軽減が、た

たとえば保護義務や付随義務などの給付義務以外の義務、そして不法行為責任などにも拡大して適用されるかどうかが議論されていた。一方で日本ではこのような問題について直接に論ずる見解は少ないが、辻教授はドイツ法、とりわけシュレヒトリームの見解に依拠されて以下のように述べられる。すなわち、給付義務以外の完全性利益侵害が問題となる場合には、無償契約が前提として存在することから実質的な責任調整はありうるものの、契約責任ではなく不法行為責任が問題となるべきであり、寄託契約における給付義務違反としての完全性利益侵害が問題となる場合で不法行為責任が競合して問題となるときには、659条が適用されるべきとされる。¹⁷¹⁾

四 独仏法との比較

第三章、第四章、そして本章の整理を通じて、日独仏における無償契約債務者の責任制限に関する各国の現況を明らかにすることができた。そこでここでは、各国法における無償契約債務者の責任制限法理の特徴について整理し、簡単な比較を行いたい。

(一) 法律上責任制限が認められる無償契約類型について

民法典上どの無償契約類型について、責任制限を認めるかに関しては、それぞれの法において少し異なっている。まず、各国において共通するのは、使用貸借および無償寄託において債務者の責任や注意義務を軽減する趣旨の規定がおかれていることである。贈与契約については、日独民法典では明文で贈与者の責任制限規定を設けているものの、仏民法典では見られない。しかし判例や学説では、贈与契約において贈与者は、悪意や重大な過失がなければ不履行の責任を負わず、目的物に瑕疵があったとしてもこれについても知りながら瑕疵を告知しなかったという事情がない限り責任を負わないものと理解するものもある。一方で、無償委任において債務者の責任に配慮する(過失評価を緩和する)という規定を設けているのはC.C.のみである。ただ

し日独においても、無償受任者は常に高度の注意義務を負うわけではなく、場合によっては注意義務が軽減されてよいとする学説も見受けられる。

以上のように、各国の法典を比較すると、無償契約の債務者についてどの種類の契約でどのような態様の責任制限を規定するかについて、大まかな方向性としては無償契約債務者の責任は制限される傾向にあるとはいえる。しかし細部では相違も見られる。しかし各国において、判例や学説で無償契約であるということを理由として、債務者に何らかの配慮をするという試みが見られる。このことから、有償と無償という対比において、無償契約の場合には債務者の責任はより軽減されて捉えられるべきという一致した方向性が見出される。

(二) 責任制限の対象となる責任の性質について

一定の無償契約類型において、各国民法典では債務者の責任や注意義務が軽減されると規定している。これに関しては、とくに契約の目的物に瑕疵があった場合、無償契約の債務者はそのために責任を原則として負わないとする規定が各国において一致してみられる。そのことから、ここではとくに担保責任に着目して、契約の無償性を理由として原則として制限され、瑕疵を知らながら黙秘していたことなどを理由として帰責される担保責任の法的性質について、比較を試みる。

1 BGBにおける担保責任の制限について

まず、ドイツにおいてはそもそも贈与者が自身の財産から目的物を給付するのか (BGB523条・524条各1項)、あるいは贈与を約束したのち、他人の財産から目的物を取得して給付するのか (BGB523条・524条各2項) によって、担保責任の制限および帰責の要件のみならず、その効果さえも区別している。¹⁷²⁾ このことから、前者の場合と後者の場合とで、そもそも担保責任の法的性質が異なるものとなっているといえる。自己の財産から目的物を贈与

する場合には、「贈与者はその目的物があるがままにのみ贈与する意図」であり、瑕疵なき物の給付義務を負わず、そのために目的物に瑕疵があったとしても、原則として責任を負わない。ただし、目的物の瑕疵を知らながら告げないという場合には、信賴利益に対する損害についてのみ、賠償の義務を負う。このことから、1項の責任は、給付義務違反とは別個の責任原理に基づく責任であることが推察される。他方で、他人の財産から目的物を取得してのち贈与を行うという場合、目的物の瑕疵について「悪意あるいは重過失不知」であった場合には、代物請求権や不履行のための損害賠償請求権を債権者に認める。すなわち、2項では、軽減されているとはいえ贈与者に瑕疵なき目的物を取得し給付する義務があるとしていると指摘でき、まさに給付義務違反に基づく責任が問題となっているといえる。

2 C.C.における担保責任の制限について

フランスにおいては、C.C.1891条および1898条において、使用貸借および消費貸借の貸主の目的物の瑕疵のための責任を原則として制限する趣旨の規定を置いている。しかし、同規定からはここで制限を受ける担保責任の性質は必ずしも明らかではない。フランス法における売主瑕疵担保責任論においては、一応担保責任を債務不履行責任と別個の責任と構成する説が多いとされているものの、¹⁷³⁾そもそも担保責任の法的性質論、債務不履行責任との体系的関連を論ずることそのものに消極的であるという指摘もある。¹⁷⁴⁾ただし、売主担保責任の効果について、売主が瑕疵の存在について悪意である場合には、損害賠償の範囲が拡大すると規定されている点には注目できる。¹⁷⁵⁾それというのも、C.C.1891条が問題となった判例をみるに、判例では目的物の瑕疵からどのような損害が生じようとも、貸主がC.C.1891条における担保責任免除要件を満たしているならば、全損害についてその責任を免れ、また帰責要件を満たしているならば、全損害について責任を負うとされているからである。この場合には、ドイツ法では瑕疵担保責任免除に関するBGB523条や524条、

600条の適用はないとされる完全性利益侵害に基づく損害に対しても、C.C.1891条の適用によって処理されているという特徴もある¹⁷⁶⁾。

考えるに、推察の域は出ないものの、C.C.1891条および1898条に基づく担保責任は、債務不履行責任とは別個の、債務者の悪意に基づく責任という特殊な責任体系に基づく責任の一種ではないかとも考えられる。この点については、別途検討を要すると思われるが、さしあたっては、C.C.における担保責任制限規定において制限される担保責任の法的性質は、一般の債務不履行責任とは別個の責任体系に基づく責任であるということができようか。

3 日本民法典における担保責任制限規定について

日本民法典においては、551条1項、590条2項、596条が、それぞれの契約において目的物に瑕疵がある場合でも、原則として各債務者はそのために責任を負わないとする。すでに見たように、学説ではこの責任を、570条にいう特別な法定無過失責任としての売主瑕疵担保責任と同質の責任と見て、この責任が契約の無償性故に上記各規定によって制限されているとみる見解が多数である。他方で制限される担保責任を570条にいう責任と必ずしもパラレルにとらえることなく、別個の性質を有するものと考え、それに伴って制限の射程についても異なる意見を展開する説も種々みられるところである。

無償契約において制限される担保責任の性質を、有償契約における売主瑕疵担保責任と同質と捉えてよいかどうかは次章にその検討を譲るが、日本においては一般に、無償契約では債務者が免れることとなる瑕疵に対する責任、すなわち担保責任の性質は、415条にいう一般の本旨不履行責任とは異なった責任であると一般に捉えられているといえる。

(三) 責任制限の根拠について

最後に、各国法において見られる無償契約債務者の責任を制限する根拠は、

それぞれどのように考えられているのだろうか。もちろん、「無償契約」類型について債務者の責任がみられることから、契約の無償性が責任制限の理由であることは疑いない。しかし、無償性といってもさまざまな側面が存在することを指摘できる。

まずドイツ法においては、比較的近時の議論では無償契約債務者の責任を制限する理由について、BGB 立法過程の議論もあわせてみるに、対価を得ることなく一方的に給付を行うという債務者の寛大さや非利己性といった主観的要素、そのような契約構造に対して、公正さという観念から生ずる債務者に対する配慮措置、そして担保責任に関しては、「自己の財産からそのままの状態でのみ給付を行う」ために、目的物に瑕疵があったとしてもそれ以上の義務を負わないという当事者の意図というように、単に対価を欠くという点での無償性というよりも、当事者の意図や債務者の寛大さなど、主観的な観点も含めての責任制限であると考えられている。

フランス法でも、無償契約における債務者の責任制限の理由として、主に債務者の寛大さや非利己性という主観的要素が指摘されている。ここでも、単に対価がないというにとどまらず、対価なしに給付を行う債務者の主観的要素を重視して、それに対して法律上配慮措置を設けているという構造が見て取れる。また、無償委任や無償寄託における債務者の責任制限については、債権者は債務者に対して、有償契約の債務者に対して要求可能な措置を要求できないというように、有償無償という枠組の際に基づいて、そもそも債権債務の内容を区別づけるという構造的差異を読み取ることもできる。

日本では、とりわけ551条1項による担保責任の制限の根拠については、570条の担保責任を有償契約における対価的均衡維持のための特別責任であるとする見解に基づいて、対価が存在せず、対価均衡に配慮する必要のない贈与など無償契約では、そもそも担保責任が不要であるとする見解が多い。ここでは、対価の不存在という無償契約の性質と、対価的均衡維持という570条の担保責任の性質論とを接合させた見解が多い。

しかし、立法者の考えは、単に対価がないという理由で責任制限が設けられたことを示してはいない。すなわち、贈与の場合には、「それだけのものを与え、それだけのものをもらう」ということが当事者の意図であるために、担保責任が原則免除される。無償寄託の場合には、寄託者は受寄者に対して保管に当たっては平常の注意を果たすこと求めており、法律上それ以上の注意を要求することは当事者の意図に反する、というものであった。このことから、単に対価がないために債務者の責任について法律上配慮するということだけではなく、無償契約という対価のない契約を締結するにあたっての当事者の意図をも考慮に入れて、責任の制限を定めたということがわかる。

日独仏における無償契約債務者の責任を制限する理由を比較するに、どの法においても、基本的には対価がないという意味での無償性のみならず、無償契約を締結するにあたっての債務者の主観的意図、無償契約に対する一般的評価といった要素までもが制限の理由となっていることがわかる。このことから、無償契約の特徴が、単に対価がないというために有償契約と異なった扱いが正当化される、ということではなく、無償契約を締結するにあたっての両当事者が有している主観的意図をも考慮して、またいわば無償契約観を理由として、債務者の責任を制限することが公平であることが根拠とされていることがわかる。¹⁷⁷⁾

(四) 責任制限の根拠法理としての利益原理

(三) で確認したように、日独仏において無償契約における債務者の責任制限法理の根拠を、債務者の好意や寛大さといった面での無償性に求める見解が見られる。他方で独仏では、ローマ法に存在していた責任調整法理としての利益原理に責任制限の根拠を求める見解も見られるところである。¹⁷⁸⁾ 利益原理とは、ある契約においてどちらの当事者が利益（給付）を得るのかに従い、各当事者が不履行に際して責任を負う基準を区別づけるという法理である。そのため、契約から両当事者が給付を得るような有償契約では、各当事

者は過失 culpa があれば責任を負うとされ、帰責の要件は平等であった。他方で無償契約のように、債権者のみが給付を得て債務者は給付を得ない場合には、契約から利益を得ない債務者が責任を負うためには、悪意 dolus や重大な過失 culpa lata がなければならぬと考えられていた。こうした利益原理が、現代の無償契約における責任制限の根拠としても受け継がれていると指摘する見解も見受けられるのである。

(五) 全般的な傾向分析

以上のように、そしてこれまで見てきたように、無償契約類型において債務者の責任や一定の義務が制限される場面が規定されているという点が、日独仏3つの法体系に共通する特徴であるといえる。しかし、責任制限に関わる議論を見るに、以下のような特徴が各国において見られることが明らかである。

①ドイツ法においては、一定の義務が免除され、あるいは損害賠償の範囲が調整されるという意味での責任制限よりも、債務者がいかなる基準で責任を負うべきかという基準決定の問題で、無償契約債務者（特に贈与者や使用貸借貸主）が一定の義務違反に際して通常の基準よりもより優遇された基準で責任を負うべきかどうかを中心に議論されている¹⁷⁹⁾。とりわけこのことは、無償契約の債務者がいわゆる保護義務に違反した場合に、いかなる要件の下で責任を負うべきかという議論にあらわれている。BGBでも、贈与者や使用貸借貸主は目的物に対する瑕疵を制限されるなど、一定の義務が制限されている場面があるが、議論の中心ではない¹⁸⁰⁾。

②フランス法では、有償契約と無償契約とを比較した上で、有償契約債務者に対して要求・期待する義務を無償契約債務者に対しては要求できないという法理が存在している。さらに、無償契約債務者の責任制限法理として、制限はあくまで義務レベル・要件レベルの問題であり、責任（損害賠償範囲）の問題ではないとする意見も見られる。フランス法では、債務者に要求でき

る義務、債務者が果たすべき義務の内容に着目した責任制限の態様が議論の中心となっている。

③日本では、旧民法では無償契約一般について、一定の責任制限や注意義務軽減が規定されていた。しかし、現行民法起草に当たっては、起草担当者の(独自の?)意向により、無償契約の債務者であっても、原則としてその責任や注意義務を軽減するという措置は採らず、各無償契約の本質によって必要とされる責任の制限(贈与=担保責任の制限、無償寄託=注意義務の軽減など)のみを規定するとされた。

今日では、無償契約債務者一般につきその責任を制限するような規定がないこと、とりわけ無償委任でも善管注意義務が要求されることから、無償契約であっても債務者につき直ちに責任の制限などが認められるわけではないという理解が多数である。そんな中、独仏法の状況(特に贈与に関してはBGB521条、無償委任に関してはC.C.1992条2項)を参考とし、あるいは無償受寄者の果たすべき注意義務の基準である「自己の財産に対するのと同様の注意義務」(659条)を無償契約債務者一般に課せられる基準であるとして、無償契約債務者の責任を一般に制限すべきとする見解も見られる。このように、主に比較法に沿った条文解釈や無償契約類型における一般法理としての注意義務軽減や責任の制限を志向する見解が見られる中で、少数ではあるが、損害賠償額の軽減や過失相殺法理を用いた損害賠償範囲の制限という面での責任制限を志向する見解も見られる¹⁸¹⁾。無償契約債務者の責任制限を考えるにあたって、無償性や好意という要素を、過失相殺法理による損害賠償額調整の中で考慮することで責任制限を認めるべきとする見解・裁判例は注目できる。

第六章 検 討

I はじめに

以上、本稿では、民法典における責任制限法理研究の端緒として、無償契約の特徴とされる債務者の責任制限につき、無償契約責任論という視点からその法理について検討するため、ドイツ法における無償契約債務者の責任制限規定に関する歴史的展開、独仏における現在の議論状況、日本法における無償契約債務者の責任や義務に関する小史的展開、そして現在における議論をそれぞれ整理検討した。いずれにせよ、一定類型の無償契約の債務者はその責任や義務について法律上何らかの配慮措置が与えられているということについては一般に各法典においてみられるところであり、概して共通しているといえる。しかし、歴史的にも比較法的にも、どの無償契約類型においてどの程度の、そしてどのような態様の責任制限を設けるのかについては差異がみられることがわかった。このことから、契約が無償であれば直ちに債務者の責任や義務を制限すべきということにはならないのではないかと、という疑問が生じ、そしてそうであるとすれば、現に規定されている無償契約債務者の責任制限規定はどのような意義を有し、契約責任論という観点からその解釈はどうあるべきかが問題となるであろう。

そこで本章では、日本民法典に規定されている無償契約債務者の責任制限を中心に、無償契約債務者の責任制限法理につき、総合的な検討を加えたい。以下では、まず責任制限の根拠についてこれを明らかにする(Ⅱ)。そして次いで無償契約債務者の責任構造につき、とくに有償契約との対比で順次検討を加えていくこととする(Ⅲ)。そして各無償契約における責任制限規定に関する考察を試み(Ⅳ)、続いて無償契約一般につき債務者の帰責要件を検討し(Ⅴ)、責任の効果を明らかにする(Ⅵ)。最後に、無償契約債務者の責任構造につき、簡単に私見を振り返る(Ⅶ)。

Ⅱ 無償契約における責任制限の根拠

本稿では、民法典における責任制限法理という視点から無償契約債務者の責任を考察し、無償契約債務者の責任制限という法理の存否を検討するために、無償契約債務者の責任に関する歴史的検討、諸外国の状況などを比較検討してきた。これらの成果をもとに、日本民法における無償契約債務者のための責任制限法理について解釈を試みたい。まず第一に問題となるのは、なぜ一定の無償契約類型において、債務者の責任が制限される場面が規定されているのかということである。

一 無償性の抱える多元的要素

もちろん、「有償契約」とは違って「無償契約」において債務者の責任を制限する趣旨の規定が置かれている以上、契約の「無償性」という点に責任制限の根拠があることは間違いない。しかしこれまで見てきたように、無償性という要素にもさまざまな側面が含まれているのであり、単に無償性を指摘することで無償契約における責任制限の根拠を示したとすることは不十分であるように思われる。そこで、この無償性という要素をより詳細に分析する必要がある。

これまでの検討から、責任制限の根拠たる無償性の具体的内容として、日本の議論を中心に検討すると①当事者の意思、②債務者の好意、③契約の非対価性という諸相を挙げることができる²⁾。これについて、①の当事者意思を理由とする責任制限に関して、特に現行日本民法典の立法者が無償寄託における受寄者の注意義務軽減を規定するに当たり、この点を重視していた。たしかに対価の存在しない無償契約においては、対価の存在する有償契約などと比べて、債務者側で重い責任や注意義務を負うというまでの意思はなく、また債権者側でも無償の債務者に多くのことを期待・要求しないという意思があると推定することは、一般的道徳的な感情には一致しうると考えられる。

その限りで、まさに無償契約では推定的な当事者意思を理由として債務者の責任制限を定める契約類型が存在すると考えることもできよう。しかし、当事者意思の推定という意味では、もちろん反対に、無償契約債務者であっても通常の責任・重い責任を負うとの意思が存在する場合も考えられる。むしろ現法民法立法者は、無償契約債務者の責任について「売買などよりも重い」場合があると評価していた³⁾。債権者と債務者の意思が責任制限規定の根拠であるとするのは、必ずしも十分でないように思われる。

②の債務者側の好意(=寛大さ、非利己性)という点については、ドイツ法・フランス法でも無償契約債務者の責任を制限するための理由づけとしてみられるところである。無償契約という契約の当事者が有している意思の推定に基づく責任の制限と同様に、自らの財産を対価なしに相手方に譲渡し、または一定の役務を提供する債務者が、その行為の動機として、相手方に対する親切心や道義心など、いわゆる好意という主観的感情を基礎としていることは容易に考えられるところであろう。このような親切心から行為する相手方に対し、たとえ契約の不履行や義務の違反から損害が生じたとしても、これについて法的責任を追及すべきではないといういわば道徳的な要請も首肯できる。事実、ドイツ法においてはBGBにおける無償契約債務者の責任制限につき、「貰ったものの品定めをするな」という慣例が根拠といわれている⁴⁾。しかし、好意という要素は債務者に対する責任追及を緩和・排除すべきとの評価にもつながりうるが、その反対に、好意に基づいて相手方に一定の給付を行う以上、むしろ通常の場合よりも多くの注意を要求されるという評価も可能であろう。実際に現行民法の立法者も、贈与は売買などよりも重い場合があると指摘する。これについては、いわゆる義務的な贈与も存在するとの認識から生じていることであろう。

③の非対価性については、特に551条1項による担保責任の免除の理由として述べられることが多かった。たしかに、551条1項の責任を570条にいう有償契約における対価的均衡維持のための特別な担保責任ととらえるのであ

れば、この理由づけは当然である。しかし、たとえば売買においては給付と対価との均衡を維持する必要があるが、無償の財産権移転型契約である贈与では対価がないため対価的均衡を考える必要がないという点で責任制限の理由としうるが、その他の無償契約類型、特に無償寄託など役務提供を給付内容とする無償契約類型に関しては、注意義務軽減の理由としえないのではないか。対価が存在すると否とに関わらず、寄託契約の債務者の負う義務は目的物の保管であり、そのために必要な義務を負うのは当然である。事実、「自己の物に対するのと同じの注意義務」とは、受寄者となるべき者それぞれの備えている注意力に応じて決定される義務であり、場合によっては無償受寄者であっても善良なる管理者の注意義務を要求される。

また、担保責任の性質を一種の債務不履行責任であるととらえる場合、対価の有無という点に着目して無償契約債務者についてこの義務が原則免除され、そして例外的に帰責されることとなるのであるが、果たしてこれは正当であろうか。有償契約と無償契約、すなわち売買と贈与とで「瑕疵」の基準が異なるということはあるといえようが、贈与契約であっても契約の内容に従ってその契約に適合する「瑕疵なき」給付が行われるべきであり、この限りでは担保責任の制限＝給付義務の免除は対価の不存在がその理由であるとするのも疑わしいものとなる。

二 債務者の好意

それでは、このようなさまざまな側面を持つ無償性のうち、いずれの要素が無償契約債務者の責任制限を導いているのであろうか。無償契約の特徴として、自身の財産や給付行為を対価なく提供する点に相手方に対する債務者の好意の存在を見出し、これを責任制限の理由とする指摘は、各国において見られたところである。この考え方によると、寛大にも無償で給付行為を行う者に対しては、仮に義務違反があってもその責任を厳格に追及することは慎まれるべきとある意味では道徳的な配慮にも一致したかたちで責任制限

規定が設けられたということとなる。

たしかに、無償で給付行為を行う原因が、当事者間の親密な関係・特別な信頼関係に存することは多いと思われる。そしてそのような事情がある場合に債務者側に不履行があったとしても、厳格な法的責任を追及することは適切でないとの指摘には首肯できる部分もある。しかし、無償契約における責任制限の根拠として好意という主観的要素を第一に掲げることは、慎重であるべき様に思われる。第一に、好意という要素は何も無償契約においてのみ見られる要素ではない。対価があったとしても、当事者間に特別な関係があるからこそ契約が締結されるという場合もある。第二に、第五章で見たように無償行為が原因となって被害者に損害を与えた裁判例では、無償行為という要素を加害者の責任を判断するにあたりどのように考慮するのかについては、判決ごとに差異が見受けられる。契約責任が認められた事例は見られなかったものの、このことは好意という要素が直ちに何らかのかたちで責任制限に直結するのではないことが示されている。

そうであるとすれば、ごく一般的な傾向として債務者が好意を示す（＝無償の給付を提供する）という事情があれば、この点が契約不履行に際して債務者の責任判断にあたって一定程度考慮されることはあるといえるものの、責任制限法理の根拠として確立しうるか、という点ではなお不確かと言わざるを得ないのではないだろうか。

三 利益原理—独仏理論からの示唆

それでは、無償契約における責任制限法理は何に根拠を求めべきであるのか。独仏では、無償契約における責任制限の根拠として、利益原理という法理が指摘されることがあった。ドイツでは特に、ホフマンとメディクスが無償契約債務者に寛大さという意図があることを踏まえつつも、責任制限の根拠を利益原理と呼ばれる法理に責任制限の根拠を求めていた⁵⁾。これは、契約がただ一方の当事者＝債権者に対してのみ給付を与えるような内容であれ

ば、債務者の責任は制限されるべきとの法理である。ホフマンによると、利益原理とは、古くはローマ法に端を発する法理であって、そこでは契約において両当事者が利益、すなわち給付を得るのか、あるいは一方の当事者のみが給付を得るのかに従って、各当事者が責任を負うこととなる基準を区別するための法理であったとされる。そのため、ローマ法では売買や賃約といった両当事者が給付を受ける契約の場合には、両当事者ともに過失があれば責任を負ったとされる。一方でたとえば使用貸借のように契約から債権者のみが給付を得て、債務者が給付を得ないような無償契約の場合、給付を受けるだけの借主は軽微な過失があれば責任を負い、給付を受けない貸主は悪意や重大な過失がなければ責任を負わないとされていた。そしてホフマンは、ローマ法を源流とする利益原理が、後期ドイツ普通法時代を通じて現代まで受け継がれてきたことを示唆する。このようにして、現代においても契約から給付を得ない無償契約債務者の責任制限が定められるに至ったという。

メディクスも無償契約債務者の責任制限の根拠を利益原理に求める。しかし、無償契約債務者に寛大さという意図があることを認めつつも、この主観的動機を責任制限の根拠として持ち出すべきでないとする。それは、無償契約の債務者、たとえば贈与者がどのような動機から無償で財産を与えるのかについてはさまざまな原因が考えられるからである、という。たとえば、全く自己の都合から無償契約に基づく給付行為が行われる場合もあれば、相手のためを思っている場合もありうるという。そのため、無償契約債務者の責任を判断するに際して寛大さという動機を考慮することは実際には相当に困難であるとする。

C.C.においても日独と同様に無償契約において債務者の義務や責任を制限する規定が見受けられる。フランスの学説でも、無償契約債務者の責任制限法理の根拠を債務者の寛大さや利他性といった要素に求めるものがみられる。たとえばベニエは、贈与契約において贈与者の担保責任が免除されるべき理由を贈与者の寛大さや利他性に求める⁶⁾。またコルニュは、使用貸借にお

ける瑕疵担保責任の免除規定を論ずる中で、使用貸借の貸主は賃貸人とは異なって、無償で目的物を借主に貸し与えることで借主に対していわば友人として奉仕しているのであり、有償契約との差異として責任面で配慮することが公平であるという。⁷⁾

ポティエの見解では、無償契約における責任制限の根拠を必ずしも寛大さといった主観的要素にのみ求めていたのではないことが分かる。⁸⁾たとえば使用貸借の貸主が原則として担保責任を免れるということについて、その理由は貸主が給付を得ないことにある、とする。この点につき、ポティエは賃貸借と使用貸借との本質的相違を指摘する。すなわち、貸主が借主にある目的物を賃貸したとき、この目的物が追奪されると貸主は責任を負うが、これは「賃貸借契約が当事者間で給付を交換し合う契約であり、この場合には「契約の魂である平等さが」担保責任を「要求する」ためという。ポティエは、契約から当事者が互いに給付を得るような有償契約では担保責任が本質的に課されるが、使用貸借のような無償契約ではそうでないという。

また、無償寄託における注意義務の軽減については次のようにいう。すなわち、債権者と債務者双方が給付を得る契約では、双方ともに目的物に対し善良なる家父長の注意を用いることを要求できる。他方で無償寄託契約のように受寄者が契約から給付を得ず、そして全く寄託者のためにのみ締結された契約では、寄託者は受寄者に対し、寄託物の保管に際して高度の注意義務を用いることを要求する資格がないという。このように、ポティエは寛大さや利他性という主観的側面よりも、当事者の一方のみが給付を得る、という点に着目して責任制限規定を理解していることが分かる。

以上から、無償契約債務者の責任制限の根拠について、独仏ともに債務者の寛大さに根拠を求めるものと、債務者が給付を得ないという点に求めるものがある。

寛大さという要素を責任制限の根拠とすること、さらには法理として用いることにはやはり慎重であるべきように思われる。この点はメディクスも指

摘するが、無償で相手に財産を供与する場合、債務者が実際にはどのような動機を有しているのかが明確でないこともあろう。たとえば、贈与をすることが自分にとって最も都合の良い財産放棄の方法であるということもありうる。そのような場合、贈与は寛大さや利他性とは相反する利己心からむしろ行われている。また、有償契約の場合であっても相手方に対する好意や寛大さ、特別な信頼から契約を締結することもあり得るだろう。

そうであるとすると、やはり無償契約において債務者の責任が制限される理由は、債務者が契約から給付を得ないという事実に対して、ホフマンやメディクス、ポティエの指摘する利益原理が作用することで、無償契約における責任制限が認められることになるからだと考えべきではないだろうか。反対給付を得ない債務者に、反対給付を得る当事者と同等の義務や責任を求めることは公平でないように思われる⁹⁾。

もちろん、無償契約に際して当事者間で義務内容や帰責の要件、そして責任の効果について特別の合意がある場合は別である。利益原理はあくまで原則法理として無償契約債務者の責任制限法理たる機能するものである。当事者の私的自治に基づいて義務内容などが決定される場合、それをも修正するという内容まで持つものかどうかについては、今後の課題とする¹⁰⁾。

四 責任調整法理としての利益原理の持つ応用可能性

利益原理は、契約から給付を得るのが一方の当事者のみである場合、給付を行うだけの債務者の義務や責任を制限するべきという調整法理であるとされる。そのため、無償契約のように債務者が反対給付を得ない契約では、債務者側の義務や責任を制限する法理として作用する。他方で、両契約当事者が給付を得る場合、両当事者の義務や責任は等しいものとして調整されることになる。そうであるとすれば、利益原理とは無償契約の場合だけでなく、有償契約にも適用可能な原理であることとなる。そして、この調整法理としての利益原理は、有償契約においても、各当事者が契約において負うべきリス

クや給付障害の際の問題解決のために、各当事者の責任や負担を均一化すべきとの要請を伴う法理として役に立つであろう。その際には、有償契約において債務者の責任を制限する法理として、利益原理が作用する場面も考えられるであろう。もちろん、ここでいう利益が具体的に何を意味するのか、給付と反対給付のみを指すのか、あるいはそれ以外の要素も含まれるのかといった点の検討が必要となる。

Ⅲ 無償契約債務者の責任構造—各有償契約との対比において

無償契約において債務者の責任が制限される規定が置かれていることは、無償契約債務者が一般に有しているであろう好意や寛大さという要素ではなく、責任調整法理としての利益原理に根拠が求められるべきであるといえる。それでは、これを前提とすると無償契約債務者の責任構造はどのように理解されるべきであるのか。これについてⅢ～Ⅴで順次検討していくこととする。

今日では415条の規定する債務不履行責任の構造解明を中心に、契約義務構造論や契約責任論の進展が目覚ましい。しかし、それら議論で前提とされている契約類型は有償契約であるが故、そこでの理論的到達点が本稿の扱う無償契約類型における義務構造や責任論にもあてはまるかどうかが問題となる。いふなれば、有償契約債務者の責任構造と無償契約債務者の責任構造との差異は、本質的にはどこに求められるべきなのかが問題とされよう。

民法典の規定する無償契約類型は、贈与、無利息消費貸借、使用貸借、無償委任、無償寄託であるが、それぞれについて対応する有償類型が存在する。それぞれ有償類型と無償類型とを比較したとき、債務者の負う義務構造にどのような違いがあるのだろうか。

一 売買と贈与

売買と贈与は、ともに債権者（買主／受贈者）に対して目的物の財産権を移転することを目的とする契約である。条文に現れている主な相違は、担保

責任の有無である。すなわち、目的物に権利の瑕疵や物の瑕疵が存在した場合、売主は560条以下に規定されている担保責任を負う一方で、贈与者は551条1項により、そのような瑕疵のための責任を原則として免れている。この限りでは、目的物に瑕疵があってそれがために問題が生ずるという場合に売主と贈与者とで負うべき責任に相違があるといえる。

しかし、それ以外ではどうか。たとえば義務構造論では、売主の負う主たる義務である給付義務のほか、契約関係において要求されるさまざまな義務が存在することが指摘されている。給付義務実現のために必須となる従たる給付義務や、信義則上要求される相手方の法益保護のための保護義務などがその一例である。贈与者にも財産権譲渡¹¹⁾という給付義務が認められることについて異論はないところであろうが、売主や有償契約債務者が負うような、契約関係において要求されるさまざまな義務（たとえば給付義務実現のために必要な従たる給付義務や、相手方の完全性利益保護のための義務など）を贈与者も負うのであろうか。

この点、贈与者が瑕疵担保責任を免れている理由が参考となる。上述のように、贈与者をはじめとして各無償契約債務者が一定の義務や責任を免れている理由は、非対価性という客観的要素のみならず、好意といった主観的要素などさまざまな要素を含む無償性を総合的に勘案してのことであるが、担保責任が対価性維持のための特別な責任であることを考えると、贈与者が担保責任を免れるのも、非対価性という客観的要素が強く表れるためである。一方、給付義務に付随する種々の義務や、契約関係において信義則上要求される義務も、贈与者は無償性のためこれを免れるのだろうか。

給付義務実現のために必要な従たる義務や、契約関係において信義則上要求される義務は、対価の存在を前提とする義務でないことは明らかである。合意によって生ずる債権債務の内容、契約関係から信義則を通じて要求される義務は、債務者がそれぞれどのような合意をし、そこからどのような義務を負うのが各具体的事例において対価の有無に関わらず導かれるべきであ

¹²⁾。そうだとすれば、担保責任の有無という相違以外には、売主と贈与者とで負っている義務構造そのもの（＝瑕疵なき財産権の移転）にそれほど差異はないのではないであろうか。無償契約の事例ではないが、無償行為を原因とする損害の発生とその賠償請求が争われた各裁判例でも、好意や無償性といったことを理由に当事者の負うべき義務を免除し、あるいは軽減することを認める裁判例は少ない。¹³⁾このことから、無償契約であるからといって、債務者の負うべき義務が有償契約債務者のそれと比して一般に免除され、あるいは軽減されて然るべきとはいえないこととなる。

二 賃貸借と使用貸借¹⁴⁾

賃貸借と使用貸借とでは、条文上明確に、売主と贈与者との関係と同様に担保責任の有無という差異が見受けられる。ただし、売買契約の場合とは異なって賃貸借契約における賃貸人の担保責任の意義はそれほど大きくないとされ、それというのも賃貸人は賃借人に対して使用収益をさせる義務を負っているためとされている。¹⁵⁾一方で無償の財産権利用型契約である使用貸借においては、貸主は借主に対し、目的物使用の容認という消極的義務を負うのみで、賃貸人が負うような積極的な使用収益させる義務、修繕義務などは負わないとされている。¹⁶⁾この点で、賃貸人と使用貸借貸主とでは、給付義務の内容そのものに大きな違いが存在するということになる。

しかし、契約の効力に基づいて、相手方に財産権を利用させるという内容での給付義務が存在することには変わりはない。たとえば目的物の利用を貸主側が妨害するような行為（たとえば期限前に貸借目的物の返還を強要すること）は許されないものとされており、この点では賃貸人と使用貸借貸主を負う義務内容に差異はない。ただ、給付義務の内容を全体としてみたとき、借主側が目的物の使用ができるために貸主が積極的な行為・負担を要求されるか否かの違いに過ぎないともいえる。また、契約関係において信義則上要求されるような各種義務は使用貸借貸主に対しても要求されるのであり、

この限りで程度の違いはあるものの、基本的義務構造に相違はないともいえる。

三 有償委任と無償委任、有償寄託と無償寄託

この2つの役務提供型契約類型にとって特徴的であるのは、民法が同一契約について有償の形態と無償の形態とを法典上承認しつつ、その差異に応じた法律規定をほとんど設けていないという点である。有償無償に応じた規定の差異は、わずかに報酬に関する648条および無償受寄者の注意義務に関する659条のみ見受けられる。このことから、委任契約および寄託契約においては、有償委任・無償委任、そして有償寄託・無償寄託とで債務者にそれぞれ要求される法律上の義務の種類や内容についてほとんど差異はないといえる¹⁷⁾。

しかし、659条において無償受寄者の注意義務が軽減されていることには注意が必要である。法律上、受寄者に要求される各種義務（目的物の保管、無断複寄託の禁止、通知義務など）に契約の有償無償に応じて差異は設けられていない。学説でも、659条は、債務者が具体的に負う義務の種類ではなく、義務違反の判断のための基準の違いとして捉えられる傾向にある。一方諸外国の議論では、有償寄託と無償寄託とで、債務者に要求しうる義務がそもそも異なっているという意見もある¹⁸⁾。また、契約において債務者が果たすべき各種義務の違反の有無を、具体的行為義務違反の有無によって判断するならば、善良なる管理者の注意義務と自己の財産に対するのと同一の注意義務との差異は、債務者が具体的にどのような義務を果たすべきかの差異として現れることも考えられ、その限りでは659条による注意義務軽減は、無償受寄者に要求される義務そのものが一定限度に制限されているともいえる¹⁹⁾。ただし、自己の財産に対するのと同一の注意が相対的な注意基準であり、場合によっては善管注意義務と変わらない義務が要求されうるということにも注意が必要である。その場合にはもちろん、無償受寄者といえども善良な

る管理者相当の義務を果たす必要がある。

このように、無償を原則形態とし、法律上有償の場合と無償の場合とで区別が設けられていない委任契約では、有償受任者と無償受任者として負うべき義務の内容に違いはないといえる。一方で、有償寄託の受寄者と無償寄託の受寄者とは、要求される注意義務の程度が異なっている以上、具体的事例においてはそれぞれに要求される具体的な義務の内容や種類、たとえば保管のために要求される措置などにも差異が生じうる

IV 日本民法典における無償契約債務者の責任制限について

一 551条1項による担保責任の制限について

無償契約債務者の責任制限という問題につき、学説では551条1項をめぐる議論が比較的活発である。そのため、本研究でもこの条文について一定の解釈方向性を示すべきことといえる。

担保責任の制限について、551条1項では単に贈与者は物または権利の瑕疵または不存在について責任を負わないとするにとどめている。この担保責任の性質・射程をいかに理解するかについてさまざまな見解が主張されているが、いずれの説も多少なりとも問題を抱えているように思える。²⁰⁾

(一) 従来の各説の問題点

551条1項にいう担保責任を570条にいう法定無過失責任たる担保責任と同質のものと考え、損害賠償について信託利益賠償が問題となるとする説は、多数説といえるものの以下のような問題点を指摘できる。まず第一に、ここにいう担保責任を570条にいう有償性の原理からなる法定無過失責任たる担保責任ととらえ、贈与では対価の不存在ゆえにその責任がないとするが、このように570条の責任と551条1項の責任とを同質と捉えるがゆえに、特定物以外の物が契約の目的物である場合には、責任制限が適用されないこととなる問題点がある。目的物が特定物であるか種類物であるかに応じて、贈与者

の担保責任が悪意の場合にしか生じないか、原則として完全履行義務があるかという差異を認めることは、合理的でないように思える。²¹⁾ また、551条1項にいう担保責任について問題となる責任を信賴利益であるとするが、この信賴利益という概念自体問題のある概念であることは周知のとおりである。²²⁾ これについては、信賴利益から完全性利益を分離して考える見解もあり、近年における義務論の展開から見れば、身体やその他財産という重要な利益である完全性利益について、少なくともこのような措置は必要であろう。²³⁾ さらに、551条1項ただし書によって生ずる責任を、1項本文によって原則として制限される法定無過失責任たる担保責任ととらえるのかどうかも問題となる。多くの見解はこれに言及しないが、1項本文によって担保責任が免責され、ただし書の場合には「この限りでない」とする条文構造からは、本文の責任とただし書の責任とが同質であると考えることが自然であろう。1項本文において担保責任は有償契約における対価的均衡維持のための責任であるために、対価のない無償契約では問題とならないとすることについては問題はないが、ただし書のいう責任が本文で免責される担保責任と同質の責任であるとするのであれば、なぜ贈与者が悪意であることを理由に、対価的均衡維持のための担保責任が課されるということになるのであろうか。贈与者の善意・悪意に関わらず、贈与ではいずれにせよ対価は問題とならないのであり、対価が存在しない以上、それを基準とする目的物の価値と対価との均衡も想定することができず、結局は有償性を担保するための担保責任が問題となる余地はないのではないだろうか。²⁴⁾

次に、551条1項における担保責任の対象となる損害を、信賴利益を超える損害であるとする各見解については、瑕疵結果損害によって債権者の完全性利益に対して生じた損害まで、契約の無償性を理由としてその賠償責任を551条1項によって原則として制限してよいかは疑問である。すでに指摘したように、無償契約債務者といえども信義則上要求される諸義務を果たす必要があり、そこには当然債権者の完全性利益保護のための義務も含まれ

うると考えるべきである。²⁵⁾さらにいえば、完全性利益という保護法益が契約規範によって保護されるにせよ不法行為法規範によって保護されるにせよ、債権者にとっては重大な利益であり、一般的に侵害されないことを期待する利益である。551条1項のような無償性を理由とする担保責任の制限規定によって、このような重大な利益に対する損害が生じた場合にも、贈与者は瑕疵について善意であればその責任を負わないとするのは問題があるように思える。

551条1項では瑕疵によって減額した物の価値に対する差額賠償が問題となっている見解に対しては、対価のない贈与契約であるのに、その対価を基準とした責任法理を設定することが可能であるのかという疑問が生ずる。もちろん、「これだけの価値がある物を贈与する」というように目的物が一定の価値・価額を備えていることを要素とする贈与契約も想定されうるが、そのような契約にあっては一定価値の目的物を贈与するという給付義務が設定されていると考えれば十分であり、贈与契約一般で目的物の価値を基準とした担保責任が問題となるとは考え難いのではないだろうか。

551条1項ではいわゆる担保責任ではなく、債務不履行責任（不完全履行責任）や契約締結上の過失責任、あるいは不法行為責任が問題となっているとする見解には、次のような問題があるものと思われる。まず551条1項によって規定されている責任を債務不履行責任と理解する見解については、上記のように立法者意思に反すること、贈与者につき給付義務レベルで契約に適合する（瑕疵なき物の）給付義務を負わないとしてよいのかという疑問が生ずる。無償といえども合意に基づく契約である以上、それを基準とした給付義務が求められてよいのではないだろうか。551条1項では契約締結上の過失が問題となっているという見解に対しては、「知りながら告げない」という態様は、たしかに一種の契約締結上の過失、説明義務違反として評価することもでき、ドイツ法において同様の見解を述べる論者もいる。²⁶⁾しかしこれについても同様に、無償契約の債務者といっても信義則上要求される義務

は果たして然るべきであり、当然に場合によっては目的物の瑕疵を調査し、告知する義務もありうるものであり、これと551条1項にいう瑕疵に関して制限される責任とは根本的に異なる責任原理を表しているのではないかと考えられる。また、551条1項による責任を不法行為責任ととらえる見解に対しては、551条1項本文によって担保責任（契約責任）が終局的に生じないと解するのであれば、残る責任法理は不法行為責任しかないこととなろう。しかし、契約法規定から不法行為責任が生ずると解することは体系的に無理があるように思われる。

以上のように、従来の各説においては多少とも問題があると指摘できる。どの説においても、551条1項によって贈与者の一定の責任が制限されるという方向で一致しているものの、どのような責任をどこまで制限し、そして帰責要件（瑕疵の悪意による黙秘）に該当する場合にはどのような責任を課すのかについて差異が見られる。そこで日本民法551条1項をはじめとする担保責任の制限規定の解釈に関しては、再構成が必要と考えられる。以下では551条1項本文、ただし書について順を追って検討する。

(二) 担保責任が原則として免除される場合

それでは、権利や物の不存在または瑕疵について責任を負わないとする551条1項は、どのような責任を原則として免除することを規定し、どのような責任を例外的に負わせることを目的としているのであろうか。

551条1項本文では、贈与者は原則として物または権利の瑕疵または不存在に対して責任を負わないとある。この条文そのものが簡素であるということもあって、さまざまに解釈される余地がある²⁷⁾のであろう。この問題を考えるにあたって注目すべきであるのは、贈与者は「それだけのものをやる」、受贈者は「それだけのものをもらう」という立法者の意思、そしてドイツ法ではBGB523条および524条において贈与の場面に応じて責任制限の内容が区別されていることである。

贈与契約に関する冒頭規定である549条が、「自己の財産を無償で」与えることが贈与の内容であると規定するように、日本民法の立法者が想定していた551条1項の適用場面も、贈与者が「自己の財産から目的物を給付する場合」であることとなる。そうであれば、贈与者は自らが保有する以上のものを給付せず、受贈者もそれ以上のものを受領ないし要求しない。すなわち目的物に瑕疵があったとしてもそれに対して責任を問うというようなことがないという意思を推定してこの規定を設けたと考えられる²⁸⁾。さらに BGB523条および524条においても、贈与が贈与者自身の財産から実行される場合（各1項）と約束ののち他人の財産を取得してそれによって実行される場合（各2項）とを区別している。前者の場合においては、贈与者も自己の許にある財産であるがままの状態で贈与するという意思であるため、原則として瑕疵なき物の給付義務を負わず、また責任を負う要件も贈与者が瑕疵を悪意で黙秘していた²⁹⁾という場合に限定されるのである。

これらの点を考慮すれば、551条1項（あるいは590条2項、596条）が適用される場面も、贈与者などが「自己の財産から給付を行う場合」に限定されることとなり、その場合に贈与者は、瑕疵について「善意である限り」責任を負わないと考えられる。なお、それでは BGB523条2項や524条2項のように、契約後他人の財産から目的物を取得して贈与する場合、すなわち他人物贈与の場合はどうかということが問題となるが、これについては他人物贈与の問題とも関わるため、後に併せて別個検討する。

次に問題となるのが、①551条1項本文によって免責される責任の性質、②551条1項本文によって責任を免れる要件、そして③免れてよい責任の内容、すなわち免責・帰責の対象となる損害賠償の範囲である。

1 551条1項本文によって免責される責任の性質

551条1項にいう責任の性質については、すでに見たように諸説あるところである。多くはこの担保責任を570条にいう法定無過失責任たる担保責任

と平行に考える。たしかに、無償契約であれば対価が存在しないので対価的均衡を目的とする特別な責任としての担保責任が適用されないということは説得力がある。しかし、551条1項本文によって免除される責任は、551条1項ただし書によって帰責される責任でもあることを考えると、これを有償契約のための対価的牽連関係維持のための担保責任にとらえることは難しいのではないだろうか。「悪意による黙秘」という態様によって、対価的均衡維持のための担保責任が課されることになるのは無理があるだろう。

そこで考えるに、551条1項本文によって免責され、ただし書によって帰責される責任は、贈与者が自己の財産の中にある目的物をそのままの状態に渡すということに対して、債務者が責任を問えないという意味での特別な担保責任ではないだろうか。すなわち、自己の財産の中から給付を行う贈与者は、たとえその目的物に瑕疵があったとしても、その物をそのままの状態に渡せばよいのであり、受贈者はそれに問題があろうとも原則として責任を問うことができないこととなる。贈与契約という担保責任とは、いわば「あるがままの状態」を担保するための責任であり、目的物はあるがままの状態であればよく、たとえ瑕疵があったとしても問題はない。ただし、贈与者が瑕疵を知りながら告げなかった場合には、そのことから生ずる責任を負うべきである。この場合、贈与者は瑕疵なき物の給付義務そのものを免れていると評価してよいだろう。なお、このことは、贈与者が一切の義務を免れるということの意味するのではない。贈与契約が財産権の譲渡を目的としている以上は、引渡し給付の内容であるために遅滞や不能に対しては415条に従って責任を負うべきであるし、たとえば不動産の贈与が契約の内容となる場合には、登記移転義務も負うというべきである。さらに、贈与契約において信義則上要求されると考えられる義務についても責任を負うべきである。ただし、有償契約における対価的均衡維持のための責任が570条などにいう担保責任であると考えるのであれば、贈与契約では551条1項において、あるい

は551条1項によらずとも、対価の不存在＝無償性のためにこの対価的均衡のための責任が生じないということは自明のことでもある。その意味では、551条1項には570条の意味でいう担保責任の不存在もあわせて読み込むこともできる。

もちろん、551条1項の適用を目的物の特定不特定に応じて区別する理由はない。贈与者は自身の財産にある目的物をそのまま渡すに過ぎないため、その限りでは目的物が特定物であろうとも種類物であろうとも変わるところがないからである。瑕疵なき目的物を贈与することが当事者間で明示あるいは黙示に合意されているような場合は、契約内容として贈与者に瑕疵なき物の給付義務が課されることになろうし、その限りでは551条1項の適用はないというべきであろう。

2 551条1項本文によって責任を免れてよい要件

551条1項本文に該当する限り（ただし書に該当しない限り）贈与者は目的物の瑕疵などのために責任を負わないこととなるのであるが、そのための要件は、551条1項本文およびただし書からは、贈与者が瑕疵について「善意」であるかあるいは相手方に瑕疵を告げている場合であることとなる。これについて、贈与者は瑕疵を知らなかったが、しかしそのことについて「過失」がある場合、さらには重大な過失がある場合はどうであろうか。すなわち、贈与者が単に瑕疵を認識していた否かのみならず、瑕疵を認識しえたか否かをも551条1項ただし書の要件に含まれると理解する余地があるのかという問題が生ずる。さらに、「悪意」という点では、551条1項の要件である瑕疵を「知りながら告げない」＝悪意と、贈与者が瑕疵を知らないことについて過失がある場合とを同視し、後者の場合にも贈与者に551条1項ただし書に従って目的物の瑕疵によって生ずる損害の賠償責任を負わせてよいかという問題も生ずる。これについて、学説では悪意と重大な過失とを同視することで、善意重過失であれば責任を肯定する見解も見受けられるが、「重過失ではあ

るが「善意」であることと「悪意」とを区別し、悪意でないとして責任を否定する見解もある³¹⁾。また、BGB523条2項やBGB524条2項では、契約後他人の財産から目的物を取得して贈与する場合には、贈与者が目的物の瑕疵を重大な過失によって知らないという場合にも責任が生ずるとされている。

551条1項ただし書において、「知りながら告げない」ということが問題となっている以上、この責任が生ずるためにはやはり悪意＝瑕疵の認識が必要であり、過失（さらには重大な過失）があろうとも、瑕疵に対する認識がない以上では551条1項ただし書の責任は生じないというべきであろう³²⁾。

ただし、無償契約の債務者といえども信義則上要求される諸義務は負うべきと考えられるので、瑕疵を知らないことに贈与者に過失・重過失があったとすれば、415条に基づく債務不履行責任や契約締結上の過失責任、説明義務違反など信義則上要求される義務違反と判断される可能性もある。さらには、瑕疵に対する過失不知が709条における不法行為責任の要件を満たす可能性も考えられる。その限りで受贈者は、551条1項ただし書による以外の責任を贈与者に追及することで、保護を受けうるであろう。551条1項の規定する「あるがままの状態」に対する担保責任が生じないことで、受贈者が全く救済されないというわけではない。

3 551条1項本文によって免れる責任の内容

では、551条1項本文が適用される場合に、贈与者が免れてよい責任はどのような内容であろうか。551条1項においては単に責任とされているものの、主として問題となるのは損害賠償責任であろう。もちろん、売買など有償契約においては目的物に瑕疵があった場合の追完といった履行請求権も問題とされていることから、贈与契約など無償契約においても履行請求の可否が問題となろう。

損害賠償について、具体的には、受贈者に生じた損害について、贈与者が

その賠償責任を免れるのはどのような損害なのかが問題となる。これについては、信託利益賠償の制限および帰責とする学説が多数である一方で、完全性利益侵害に基づく損害の賠償制限や目的物の価額を含めた全損害の制限および帰責を意味するというように、諸説が林立する。

まず、目的物に瑕疵があったことにより、受贈者が目的物を転売するなどして利益を得られなかったという履行利益に対する損害が生じたり、瑕疵のために目的物そのものの価額に減少が生じた場合でも、551条1項本文に該当する限り贈与者は責任を負わないものと考えられる。贈与者は自らの財産の中から目的物をそのままの状態で譲渡する以上、受贈者はその状態の目的物を受領することで満足しなければならず、そのために履行利益や目的物の価額に対する保護を期待しえないというべきだからである。さらには無償で目的物を手に入れる以上、目的物に瑕疵がないことを期待し、引いては目的物が約束通りに（遅滞や不能なく）給付され、そのことをもって自己の経済的利益を追求しようと期待することそのものが、無償契約では保護に値しないものと判断されうる場合もあるだろう。贈与者の側ではたしかに財産の引渡し義務を負い、その不履行に対して責任を負うべきであるが、受贈者の側でその際に有償契約の債権者と同等の保護を受けうると期待することは、正当でないのではなからうか。有償契約では、債権者は対価を支払う以上、約束通りに反対給付が実現されること、そしてそれに基づいて自己の経済的利益が実現されるといった契約目的の達成を期待してよく、もしそれが債務者の不履行などによって挫折する場合には、損害賠償をはじめとする各法律効果によって保護される。しかし無償契約では債権者は対価を支払わない。そのような場合、無償契約の債権者が有償契約の債権者と同じく、そして同等の経済的利益を実現できると期待することが正当であるとするのは直ちにはできないように思われる。むしろ、無償契約の債権者としては、対価なく得られる給付をもって、将来的にさらなる利益を取得できると期待し、その期待が裏切られたからといって債務者にそのための損害を賠償しえないとい

うべきではないだろうか。この限りでは、本来的な給付（結果）を求めることを意味する履行請求権や追完請求権なども、受贈者に認められるべきでない³³⁾と考える。

次に完全性利益侵害に基づく損害については、これを551条1項の適用範囲とする学説もあるが、このような重大な利益についてはやはり551条1項による免責の対象外とするべきではないだろうか。ドイツにおいても、瑕疵が存在することによる損害と瑕疵の結果生じてしまった損害とを分離し、後者の損害である完全性利益保護のための義務違反に基づく損害を、担保責任に関するBGB523条や524条ではなく、贈与者（あるいは使用貸借貸主）の責任一般を軽減するBGB521条・599条の問題、276条の問題、または不法行為責任の問題としている³³⁾。そうであるとすれば、551条1項の解釈においても、完全性利益侵害による損害に対しては、551条1項による席に制限の適用外であり、完全性利益保護のための規範によって保護されるべきと考えられるのではないだろうか³⁴⁾。

そこで残るのが、受贈者が瑕疵を知らなかったために目的物に対して支出してしまった費用などが551条1項によって問題となる損害であるいわゆる信頼利益となり、これが551条1項が主に免責と帰責の対象としている責任と思われる。すなわち、贈与者などは瑕疵を知っていればこれを告知しなければ責任を負うのであり、反対に言えば告知しなかった＝受贈者が瑕疵を知らなかったために生じた損害が551条1項による免責の対象となるというべきではないだろうか³⁵⁾。それ以外の上記各損害は、551条1項によって贈与者が責任を免れてよい責任ではなく、特約がある場合やその他当該利益保護のための責任規範をもって保護されて然るべきである損害である³⁶⁾。

4 551条1項ただし書によって負うべき責任

以上から、551条1項ただし書によって負うべき責任も、対価的均衡維持のための担保責任ではなく、贈与者が瑕疵を知りながら受贈者に告げなかつ

たため、受贈者に生じた損害に対する責任であることとなる。瑕疵なき目的物が取得されることを信頼して支出してしまった費用や無駄になった費用がここでいう損害に当たる。

しかしここには、瑕疵によって債権者の完全性利益に拡大的に生じた損害や、いわゆる履行利益は含まれない。完全性利益侵害については、当該利益保護のための規範でもって対応されるべきであるし、履行利益については、贈与契約における当事者の意思が「それだけのものをもらう」ものである以上は、そもそも債権者にとって実現が期待されてよい（＝給付障害がある場合には救済を受けるべき）利益ではないと考えられ、特別な合意がない限りは問題とならないであろう。³⁷⁾

ただし「瑕疵を知りながら告知しなかった」という態様は、いわゆる契約締結上の過失責任によって把握される場面に近いといえる。しかし帰責要件を悪意に制限されている以上、それとは異なる贈与契約等をはじめとする無償契約³⁸⁾にとって独自の責任原理であるというべきである。

(三) 贈与者などが契約後第三者から目的物を取得したうえで履行を行う場合

これはBGB523条2項や524条2項に該当する場面であり、ドイツではこのとき贈与者といえども受贈者の利益のために注意を果たす義務を負うとされ、贈与者は帰責基準を軽減されたうえで瑕疵なき物の給付義務を負うとされている。一方で日本民法においてはこのような場合に対応する規定は置かれていない。³⁹⁾

ここで、贈与などの目的物を第三者から取得して後給付が行われる場面では、問題となる場面が2通りあると考えられる。第一に、わが国民法典の560条以下の規定に相当する場面であり、他人の所有する財産が贈与の目的物とされた場合である。ここでは、そもそも贈与者など無償契約債務者も他人の所有する財産権を取得して債権者に移転することが可能か、そして第三

者から目的物の取得ができず、受贈者など債権者に給付ができないという場合にはどのような責任が生ずべきかが問題となる。第二に、引渡した目的物に権利の瑕疵や物の瑕疵が存在していたという場合である。

1 他人の所有物を贈与の目的とするか

ここではまず、他人の所有する目的物を贈与契約の目的とすることができるかどうか、贈与者に権利移転義務があるのかが問題となる。すなわち、560条において売主が権利移転義務を負うように、贈与者も権利移転義務を負うのであろうか。

この点、わが国の学説を見ると、それほどこの問題には言及されていないものの、権利移転義務の存在を肯定する説が多い⁴⁰⁾。これについては、かつて判例は他人の財産を贈与の目的物とすることを否定していたものの、その後立場を変え、他人の財産であっても贈与の目的物とすることができる⁴¹⁾に至っている。

贈与契約は、立法者の意図によれば「自己の財産から」給付が行われることが前提とされていたようであるが、他人の所有している財産を取得して贈与するという契約の成立とその効果を否定する理由はないように思われる。その限りでは、贈与者が他人の所有物を取得して給付するという合意も有効であり、その場合には560条以下と同様の権利取得および移転義務が生ずることとなろう。このとき、もし贈与者が権利の移転ができないということとなれば責任を負うこととなるが、贈与契約など無償契約の規定にこの場合に対応する規定はない。そのような場合は、560条以下に準じて、無償契約という特徴を踏まえながら必要に応じて修正のうえで当事者の権利義務を考えるほかないであろう。

それでは、贈与者が目的物を「第三者の所有物」であるとは知らずに贈与してしまい、受贈者が追奪を受けるという場合はどうであろうか。これに関しては、この場面を権利調達義務の違反と見るか、権利の瑕疵と見るかとい

う問題が生ずる。この点、第三者の目的物を贈与の目的とした場合に、贈与者に権利調達義務を承認する学説は、贈与者が第三者の所有物とは知らずに贈与した場合、権利の瑕疵が問題となり、その限りで551条1項が適用されるとする見解が多い。⁴²⁾ その意味では、他人物の贈与という問題を考えるに当たっては、①当事者間で他人の所有する財産を贈与者が取得して給付すべきという契約が成立する場合、そして②贈与者が自己の財産に属すると考えて贈与した目的物が実は他人の所有に属していた場合（権利の瑕疵があった）という場合とが考えられる。

2 他人の所有する財産を目的物とした贈与契約が締結された場合

この場合、当事者間で明確に（あるいは場合によっては黙示に）他人の財産からの贈与という契約が締結されることとなり、贈与者は売主などと同じく、他人から交渉などによって目的物を取得し、その権利を受贈者に移転する義務を負う。その限りで、権利が調達できない場合あるいは完全には調達できない場合には、契約不履行の問題として415条によって解決されるべきであることとなる。

3 他人の所有にある目的物が贈与者自身の財産として贈与される場合

この場合、給付した目的物に権利の瑕疵・物の瑕疵があった場合と同様に考えることができる。すなわち、551条1項が適用され、贈与者は瑕疵について知りながら黙秘していたのでない限り責任を負わないと考えられる。一方で、BGBの規定によれば、他人の財産から取得して給付を行う場合には、この取得行為が相手方の利益にもなるため、必ずしも不注意に行動してはならず、贈与契約の特質のために軽減されてはいるものの、瑕疵なき物の取得義務と引渡義務を負うとされている。

一方で549条では、「自己の財産からの」贈与のみが問題とされている。そのため、他人物贈与を有効とするか否かという問題ではこれを有効であると

認めるとしても、他人物贈与が行われた場合で、その目的物に権利の瑕疵・不存在がある場合の責任規範は何か、という問題がなお生ずることとなる。ここで、債務者が自己の財産から給付を行うという場合を立法者が念頭に置いていたとすれば、BGB523条2項や524条2項が規定するような場面は、日本法においてはまさに法の欠缺として理解されうることとなる。

贈与者が自己の財産から給付を行うという場面を立法者が念頭に置いていたということ、諸外国のように贈与を軽いものとは見ないという意図からは、契約後改めて贈与者が目的物を第三者から取得し、給付を行うという場合には、551条1項の適用はないと考えるべきという評価に馴染むとも考えられる。しかし、自己の財産から給付を行う場合と他人の財産から取得したのちに給付を行う場合とで、担保責任が免除されるか否か、551条1項に従って善意か悪意かで帰責を判断するのか、415条に従ってより広く帰責事由の有無に従って判断するのかという差を設けることには合理性がないように感ぜられる。どちらの場合でも、結局は無償の財産給付に変わりはなく、特に債務者の責任を区別づけるべき理由は見当たらない。そのため、この場合でも551条1項の文言に忠実に、贈与者は目的物の瑕疵を知りながら目的物を取得し、給付したのでなければ責任を負わないとするのが妥当ではなかろうか。

そのためここでも贈与者などは、目的物に瑕疵があるということを取得の際に知りながら告げなかったという場合でなければ、責任を負わないと考えるべきである。⁴³⁾

なお、債務者が目的物を取得する際に、瑕疵があることを知らなかったことについて重大な過失がある場合、551条1項等に基づく担保責任ではなく、415条に基づく債務不履行責任、あるいは信義則を媒介として問題となる説明義務違反など、さらには場合によっては不法行為責任も問題となりうるのは、自己の財産から給付を行う場合と同様である。

二 無償委任および無償寄託における債務者の注意義務について

委任契約と寄託契約とは、どちらも他人に対して役務を提供する形態の契約であるにも関わらず、日本民法では役務提供者の負うべき注意義務に違いがみられる。すなわち、委任契約では契約が有償である場合と無償である場合とを問わずに、受任者に対しては644条に従って善良なる管理者の注意義務が要求される一方で、寄託契約では、契約が有償である場合には善良なる管理者の注意義務が要求され、契約が無償である場合には659条に従って自己の財産に対するのと同一の注意のみを要求される。

C.C. では、委任においても寄託においても、契約が有償の場合と無償の場合とで債務者の責任や注意義務について差異を設けている。受寄者の義務に関する C.C.1927条および1928条では、有償寄託の場合には無償寄託に比べて受寄者に対して高度の注意義務が要求されることとなっている。そして委任に関する C.C.1992条2項では、委任が無償である場合には、有償である場合と比べて受任者のフォートをより緩やかに評価すると規定されている。

日本における学説では、同じ無償契約でありながら、委任では契約が無償であっても寄託のように債務者の義務などを制限する措置を設けていないことについてこれを批判し、C.C. からの示唆や659条の類推適用などによって、無償委任契約において受任者に何らかの責任制限を認めるべきという見解が有力である⁴⁴⁾。

委任契約の本質を無償としながらも、日本民法と同じように受任者の責任について配慮措置を設けない BGB においても、学説では場合によっては無償委任契約受任者の責任制限が認められてよいとする学説もある⁴⁵⁾。

無償寄託契約において受寄者の負う義務である自己の財産に対するのと同一の注意義務については、それほど議論は見られないが、ドイツ法においては付随義務や保護義務にもこの注意基準に従って帰責が判断されるべきか、そして不法行為責任と競合する場合、この注意基準をもって不法行為責任を

も判断すべきかに関する議論がみられる。

(一) 無償委任契約における受任者の義務・責任

すでに見たように、644条は受任者に対して報酬の有無にかかわらず善良なる管理者の注意という高度の注意義務を要求している。学説ではこのような法典の態度に対する批判も有力であり、論者によって差異はあるものの、無償受任者の義務や責任を減ずるべきとする意見が多い。また、ドイツにおいても受任者の責任が制限される場面があってよいことが示唆され、フランスではC.C.1992条2項によって有償委任におけるフォートの判断と無償委任におけるフォートの判断とに差異が設けられている。利益原理によれば、無償の受任者は契約から利益を得ない者であるから、その責任が制限されるべきこととなる。他方でドイツでは、委任契約の特殊性＝委任者の利益のために無償の事務処理を受任者が引受けるという事情から、利益原理の例外として受任者は責任制限を受けないとも説明されている。

比較法からの示唆も踏まえ、これらを総合すると、無償委任において受任者の責任制限を認めるための考え方として、以下の3つの類型にその立場を分類することができる。すなわち、①義務や責任の制限をあらかじめ法律上規定するのではなく、無償という要素の評価を裁判官の判断に委ねるのか、②当事者の意思解釈＝契約解釈レベルで責任制限（の合意）を認めるのか、あるいは③条文解釈＝644条の解釈レベルで無償受任者の責任制限を認めるのかである。この区分は無償受任者の責任制限の問題を検討するにあたって重要となると思われる。

1 無償受任者の責任制限を裁判官の判断に委ねる場合

C.C.1992条2項は、その文言によれば受任者の注意義務を軽減しているのではなく、あくまで有償委任の場合に比して、無償委任の場合にはフォートの判断（帰責判断）を緩やかに認定するべきという規範を示しているに過ぎ

ない。⁴⁶⁾ また、日本においても旧民法では C.C.1992条と同旨の規定があり⁴⁷⁾、現行民法成立過程における議論でも、無償委任について裁判官の判断によって、判決を下すに当たって無償受任者の責任制限や注意義務の軽減がありうるということが示唆されていた。⁴⁸⁾

こうした立場は、基本的には受任者に対して有償と無償とで同じく原則として高度の注意義務の基準を要求しながらも、契約の無償性 (=報酬の有無) などの要素を考慮して、無償受任者の責任判断を裁判官の裁量にゆだねるというものである。たしかに、契約が無償である場合には、有償である場合よりも債権者が債務者に対して、その義務履行に際して期待しうることや、不履行という事態に対して債権者を保護すべき理由が少なくなるのではないかと推測することは認められよう。このような措置は特に法律に規定がなくとも裁判官が判決を下すに当たり種々の事情を考慮することで任意になしうることでもあるため、C.C.1992条2項や旧民法取得編239条のような規定がないからといって、このような裁判官の裁量による措置が実現されないということはない。むしろ、規定はなくとも裁判官が契約の無償性を考慮して、実務上無償契約債務者の責任を制限するということが十分に考えられる。

2 当事者の意思解釈、契約解釈による無償受任者の責任制限

日本における多くの学説は、無償受任者にも高度の注意義務が要請されることを承認しながらも、委任契約の内容によっては当事者間で黙示の注意義務軽減の合意がなされているものとし、あるいは659条を準用し、またあるいは緊急事務管理に関する698条を類推してよいとするものが多い。⁴⁹⁾ またドイツの学説でも、BGB157条による契約解釈を通じた無償受任者の責任制限を主張し、あるいは委任契約の内容によって高度の注意義務の要求を不当とし、また BGB680条の類推適用によって受任者の責任が制限されるべきとする見解がみられる。⁵⁰⁾

これらについても、無償委任全般について、例外なく高度の注意義務を要

求することが公平でないとして、当事者の合意内容や委任契約の目的・内容によっては無償受任者に高度の注意義務が要求されえないとしているが、結局は原則（644条の適用）に対する例外を認めているに過ぎないためにこれも無償契約における責任制限法理とはいえないように思われる。上記裁判官の判断にゆだねる立場と同様に、裁判上受任者に高度の注意義務を要求し厳格に責任を負わせることが公平でない場合には、例外的に644条の注意義務が軽減され、あるいは事務管理規定が類推されることで、受任者に過度の注意義務が負わされることのないようにしなければならないとしているに過ぎない。

3 無償委任では原則として644条の適用が否定されるべきか

上記2つの立場に対して、加藤雅信教授は、無償委任では有償委任と違って644条の適用はなく、無償受任者は一般に善管注意義務違反に対する責任を免れているとする⁵¹⁾。加藤教授のように、委任の無償性に鑑みて、この場合には644条の適用が否定されるべき＝無償受任者の注意義務が軽減されるべきとする立場は、まさに無償委任契約において注意義務の一般的制限という法理としての責任制限を樹立しようとする試みに他ならない⁵²⁾。

しかし無償委任契約一般における責任制限法理として、善良なる管理者の注意義務が要求されないと理解は、無償契約という類型が持つ責任論の意味が今日の社会において増大しているとするのであれば格別として、そうでない限りは民法の体系と立法者の意思とに反する理解であるといわざるをえない。また、贈与などでは財産権の譲渡が目的となる以上、譲渡するまでの保管や譲渡に際しては、売主など有償契約の債務者と同等の注意が要求されてよいのではないだろうか。この点について、実際のところ無償契約債務者の責任制限が喫緊の課題となっているとはいいい難いであろう。そうであるとすれば、無償契約の責任制限法理として無償委任者に善管注意義務が要求されえないとすることは委任契約の特性にそぐわないとも言い得る⁵³⁾。

4 無償委任契約の特殊性

無償委任という契約類型では、日独のように債務者の責任制限をそもそも認めないか、あるいはフランスのように認めたとしてもかなり緩やかなものであるという特徴がある。無償委任契約において責任制限が認められない、あるいは緩やかにのみ認められている理由は、どこに求められるのか。

ドイツ法では、委任は原則として無償の契約であるとされる。そして贈与や無償寄託などと異なって、受任者の義務や責任を制限する趣旨の規定を置かない。受任者は反対給付を受けないにもかかわらず、他の無償契約債務者とは異なって制限を受けることなく注意を果たし、不履行に際しては責任を負うことになる。

ドイツ学説では一般に、委任契約の目的、すなわち委任者のために一定の事務を処理することを引受けたということが理由として指摘される。それによると、たとえ無償であっても一定の事務処理を約束した以上は、それを遂行するに足りる注意をもって然るべき義務を果たしつつ履行を行う必要がある。そのために、法律上義務や責任を制限されることはない、と説明される。このことから、贈与や使用貸借といった無償契約とは異なって受任者の義務や責任を制限するような規定が置かれていないとされる。

他方で、学説の中には委任契約においても受任者の責任制限を認めようとするものが散見される。たとえばメディクスによれば、委任が経済的に重要ではない場合には、ドイツ民法典の規定するような厳格な義務や責任を受任者に負わせることは適切でないとし、他の無償契約における責任制限規定の類推などによって責任制限が認められてよいという。また、グルントマンは委任の任意解約権に着目する。それによれば、委任契約では任意解約権が定められていることから、そもそも履行利益に対する保護が要請されていないという。そのため、仮に受任者の不履行によって委任者に損害が生じたとしても、受任者に損害賠償の責任はないとする。

フランス法では、C.C.1992条2項について、学説では次のような理解があ

る。すなわち、有償委任の受任者はいわば専門家として契約を締結したのであって、相応の注意を求められるが、他方で無償委任の受任者は専門家でないものとして契約を締結したのであり、求められる注意も限定される。このように、フランスの学説では、法律上、有償委任と無償委任とで、受任者の帰責判断に差異が設けられているという点に着目し、委任契約においても有償と無償とで、受任者が負うべき義務に差異があるということが指摘される傾向にある。

なお、ドイツにおいてとりわけグルントマンに代表される見解は、損害賠償の範囲において無償契約債務者の責任制限を考慮してもよいとしていたが、フランスにおいてはこのことは一般に否定されている。

他方でポティエは、無償委任契約と無償寄託契約との相違を指摘し、委任契約では無償であっても厳格な義務履行とその違反に対する責任が要求されるという。ポティエによれば、この理由はそれぞれの契約の目的の違いに由来するという。寄託契約では単に目的物を保管することのみが契約の目的であって、無償寄託であれば保管の際に無償契約の責任制限法理に従った注意義務の制限を受ける。一方で委任契約では、受任者は委任者の提示した事務の処理を引受けるが、この際に受任者は、当該事務処理に必要な注意をもって遂行することを引受けている。そのため、委任が無償であっても受任者は引受けた事務を遂行するに足りるだけの注意を果たす必要があるという。このように、委任が無償であっても、受任者が注意義務の軽減などを受けない理由は、委任契約の特性や事務処理を果たすという契約締結に際しての当事者の意思に求められている。

委任契約に関しては、独仏ともに他の無償契約とは異なった特徴を有するものとして捉えられている。すなわち他の無償契約類型では、債務者が契約から給付を得ないということで債務者の責任制限が認められるものの、委任契約においてはそうではない。その理由については、委任契約の締結に当たり受任者側において、当該事務処理を必要となる注意をもって果たすという

意思があるという点が指摘される。そのために委任契約は無償であっても他の無償契約類型とは異なって、責任制限を受けないとされている。以上から、日本法においても無償委任に関しては、利益原理の例外として受任者は644条の基準に従って義務を負い、その義務違反があった場合には、有償委任の受任者と同様に帰責を判断されるべきであろう。⁵⁴⁾

(二) 無償寄託における注意義務の軽減 (659条) について

委任契約においてはその無償性を理由とした受任者の責任制限の規定という立法措置がなされておらず、また644条に関する解釈論による法理定立も困難である一方で、寄託契約においては無償寄託のために受寄者の注意義務を軽減するという立法措置が採用されている (659条)。このように、寄託契約について有償の場合と無償の場合とで受寄者の注意義務や責任に差異を設けるという措置は、歴史的にも比較法的にも一般的にみられるところである。⁵⁵⁾

1 注意義務軽減の根拠について

無償受寄者の注意義務が軽減される理由は、法律上明確に示されているように契約の「無償性」に起因するのであるが、実際にはこの無償性が、①債務者の好意と②無償寄託に際しての当事者意思の推定との二通りの説明がなされていることがわかる。すなわち、「好意によって義務を引受けた者に対して厳格な責任を追及することは許されない」とする理由づけと、「自己の物を何者かに委ねるという場合、寄託者は受寄者の平常からの注意を知ったうえで委ねるのが通常であるため、受寄者にそれ以上の注意を要求できず、またたとえ受寄者が注意を欠く者であったとしてもそのような者に自己の財産を預けてしまった自らを非難すべきである」⁵⁶⁾ という理由づけである。⁵⁷⁾

無償寄託において659条が受寄者の注意義務を軽減している理由についても、利益原理から説明可能であるが、無償寄託の特徴から注意義務を制限す

るという規定態様となっている点に留意する必要がある。立法者のいうように、無償の受寄者は対価を受け取ることなくただ相手の財産を自己の保管下に置くのみである。無償で対価を支払うことなく自己の財産を他人に預ける以上、寄託者は受寄者の通常の注意を知っているからこそ寄託をするのであり、受寄者が注意深くない者であって自己の財産が損なわれるとしても、注意深くない受寄者でも彼自身が普段自己の財産に対して果たしている注意を用いていれば十分といえるのであり、むしろそのような注意深くない者に対して対価なしに自己の財産を委ねた寄託者自身により非難可能性があるというべきであろう。

2 659条の射程について

ドイツ法では、無償受寄者の注意義務を軽減する規定である BGB690条の基準が、給付義務以外の付随義務・保護義務や、不法行為責任に対しても適用されるか否かという議論が展開されている。日本においても、ごく少数であるものの659条と完全性利益侵害場面との関係や不法行為責任との競合について論ずるものがある⁵⁹⁾。

ドイツ法の議論を見るに、競合する不法行為責任に対しては、契約法規定を無意味なものにしないために BGB690条を不法行為責任にも適用すべきとする見解が多数説であるようだが、諸説が林立している状況にあるようである。フランス法では、C.C.1927条によって受寄者は自己の物に対するのと同様の注意で目的物を保管する義務を負うとされ、対価のある場合、すなわち有償寄託の場合には注意義務が厳格化される構造となっている (C.C.1928条)。判例や学説では、有償寄託の受寄者と無償寄託の受寄者とでは、目的物の保管に際して果たすべき (要求できる) 注意にそもそも差異があるということが前提とされていた。

たしかに寄託契約の目的は寄託者の財産の保護であり、とりわけ目的物の損傷や滅失は寄託者の既存財産に対する損害であり、完全性利益侵害場面を

表すこととなりうる。しかしここでは、受寄者の負う給付義務とそれ以外の義務とを区別するべきである。寄託契約の目的が相手方の財産の保管即ち完全性利益保護をも意味しうることは確かだが、ここでの完全性利益保護は受寄者が本来的に負う給付義務となっている。そうであるとすれば、目的物に対して「自己の財産に対するのと同一の注意」という基準で損害をもたらないという給付義務が無償寄託における中核債務なのであり、この場面において不法行為責任をあえて問う必要はないのではないだろうか。

そして給付義務以外に信義則や契約解釈に従って受寄者に要求される完全性利益保護のための義務違反については、給付義務を対象とする659条の適用はないというべきであり、その限りで、無償受寄者の責任は400条（および415条）の基準かあるいは709条の基準によって決せられるべきである⁶¹⁾う。

V 帰責の要件

次いで、以下では民法典におけるそれぞれの無償契約債務者の責任制限という問題につき、各契約法規定を中心に検討する。まず無償契約債務者の担保責任を軽減する規定を中心に、債務者の責任制限という問題を考察したい。また、担保責任のほか、贈与者（同じく無利息消費貸借貸主と使用貸借貸主）は一般にBGB521条のように遅滞や不能についてもその責任を免れるのかなども問題となる。

一 無償契約債務者が責任を負うべき基準について

無償契約の債務者は、どのような基準で帰責を判断されるべきか。まずは無償契約債務者がどのような基準で一般に責任を負うべきかについて検討を加えたい。

この点につき、日本民法立法者の見解によれば、日本民法は諸外国法のように贈与を「軽いもの」とはしなかった。そのために、贈与者は一般に故意

や重大な過失がある場合でなければ責任を負わないという規定は設けないと明言され、そのように法典が構成された。一方で現在の学説にあっては、BGB521条、C.C.1992条2項など諸外国の責任制限規定を参考とし、あるいは659条を無償契約の一般法理とすることで、贈与者、引いては無償契約債務者一般が責任を負う基準も400条に基づく善管注意義務より軽減された基準に従わせ、債務不履行の判断に当たっても無償契約債務者にあっては415条にいう帰責事由をより限定して考え、責任の制限を認めるべきだという見解も有力である。⁶²⁾

無償契約債務者という対価を受けず債権者に利益を供与する者について、有償契約債務者にと同様の義務や責任を要求すべきではないということは、一般的道徳的感覚としては同意できる部分もある。本研究で明らかにした無償契約債務者の責任制限法理の根拠たる利益原理に基づけば、無償契約債務者の帰責を判断する場合に、特別な扱いをするべきことを正当化しうる。それでは、日本民法典においても利益原理という責任調整法理に基づいて、法典に規定のないかたちでも無償契約債務者の責任制限を認めることができるのか。これを理由として、注意義務の軽減や一般的な過失責任の制限を定めていない贈与契約や無償委任契約などについても、諸外国法のような責任制限を解釈上認めることができるのか。

このような解釈は、第一に立法者の意図に明確に反することになる。すでに見たように日本民法の立法者は、無償契約の債務者といえども債務を負った以上は義務を誠実に履行するべきであり、さらに諸外国と異なって日本においては無償の給付が有償の給付に劣ることはないとして責任制限は原則として認めないとしていた。そしてその理由から、各無償契約類型の特徴に従った責任制限のみを設けるに至ったのである。659条による無償受寄者の注意義務の軽減が、無償寄託契約の性質に鑑みた当事者意思の推定であることや、BGB521条のような立法的配慮を日本民法立法者が明確に否定していたことを考慮すると、そもそも無償契約債務者一般について、その債務不履行責任

の要件に特別扱いを必要とするという法理を樹立するにはなお理由が必要であるということとなろう⁶³⁾。また、立法者の意思を抜きに考えたとしても、民法典において無償契約債務者の責任を制限する趣旨の規定が、各無償契約において限定的個別的にのみ定められているという体系性からも問題がありそうである。

二 利益原理に基づいた解決

しかしそれでも、立法者の意思は法律解釈にあたっては重要ではあるが絶対ではないこと、利益原理という法理からみれば、むしろ責任制限規定が控えめに規定されたという体系性を補う必要があることからして、無償契約債務者の責任を制限する志向が望まれるといえる。それはどのような方法で実現されるべきであるのか。

学説では659条の注意義務の基準である「自己の財産に対するのと同じの注意」を無償契約債務者一般に要求される注意であると理解するものもある。これによって、無償契約債務者一般につき、義務履行に際しての注意義務を制限されるといえるか。この基準は、あくまで「他人の財産を無償で単に自己の管理下に置く」という役務を提供する無償受寄者の契約債務の内容を鑑みて定められた基準である。すなわち、ある物の財産権を相手方に移転することを内容とする贈与や、相手方に代わって相手方の利益を最大限尊重しながら事務処理を行うことを内容とする無償委任では、契約上求められる給付義務構造そのものを異にしている。贈与では契約で指定された財産権の移転が給付義務の内容であり、移転という結果を実現することを約束するために、必要な注意を要求される。そこでは、目的通りの財産権の移転が実現されるように、具体的には目的物が契約に適合しないものとなることのないような方法で保管をし、引渡しをする義務が要求される。委任では受任者は委任者の利益を保護し、また委任者の利益となるように行うことを約束するために、自身の事務を実行するのと同じの注意では足りず、委任者のた

めに最大限の注意を要求されてよい。贈与者などは無償である給付を行うものといえども、善良なる管理者の注意義務をもって目的物を保管し、期限が定められていれば期限通りに給付を行う必要があり、さらには契約の内容に従って要求される信義則上の義務を果たす必要があるといえる⁶⁴⁾。

また、学説のなかには独仏民法の規定を参考に、415条の帰責事由を判断する際に無償契約では債務者に故意や重大な過失がなければ責任を負わせないとするべきとの見解も見受けられる。しかし、415条にいう「責めに帰すべき事由」を故意、過失、そしてこれらと信義則上同視される事情と見てよいかどうかについては長らく議論のあるところである。そのため、無償契約債務者の帰責要件を故意または重大な過失（さらにはこれらと同視する事情や行態が認められる場合）と設定するにせよ、解釈上如何に根拠づけるかという問題が立ち上がってくる。そこで、C.C.1992条2項を参考とせよとする学説が示すように、現行民法典の下では具体的裁判に際して、裁判官が無償契約債務者への帰責を判断する際に、帰責要件を考慮するにあたって無償であることを考慮することが許されるとしておきたい。415条の帰責要件が、履行不能の場合には「責めに帰すべき事由がある」とされていることから、無償契約における義務違反や不履行を帰責する際にも、当該具体的無償契約において、何が契約の目的とされていたのか、目的物は何であるのか、無償契約債務者は何を義務づけられているのかという個別事情を考慮して、帰責を総合判断する必要がある。利益原理を当てはめるならば、この帰責判断に際して、無償契約債務者のためにその責任を限定する方向で、帰責判断がなされるべきことと言えよう。

VI 責任の効果

日本民法における無償契約債務者の責任制限という問題に関しては、以上のような解釈方向性が妥当と思われる。次いで、無償契約債務者が責任を負う場合、有償契約債務者と同様の責任を負うこととなるのか、あるいはここ

でも利益原理を根拠として、一定程度の配慮がなされるべきかという問題について考察を試みたい。具体的には、①履行請求の可否、②損害賠償の範囲、そして③契約の解除の可否について扱う。

一 履行請求

一般に債権の効力として、債権者は債務者に契約通りの履行を請求することができる。このことからたとえば贈与や無償委任という契約でも、債権者（受贈者・委任者）は、債務者（贈与者・受任者）に対して、目的物の引渡しや事務処理の遂行を請求することができると考えられる。それは対価のない無償契約であると言えども、合意によって債権債務を生じさせる契約であることには変わらないといえるからである。そのために、債務が未履行の状態にあれば無償契約の債権者が債務の履行を請求できることは認められるのではないだろうか。

それでは、追完請求としての履行請求は認められるのか。つまり、引渡した目的物に瑕疵があり、あるいは事務処理が不完全であった場合、完全な履行をするように請求することができるのかという問題が生ずる。無償契約におけるこの問題については、判例はもちろん学説でも正面からあまり扱われたことはないようである。551条1項にいう担保責任を扱う中で、種類物贈与には同条が適用されないから瑕疵ある種類物を引渡された受贈者は、瑕疵なき物を引渡すように請求できると指摘されることがあった。これについてはどう考えるべきか。

まずどのような無償契約が問題となっているのか、たとえば贈与のように財産権の移転であるのか、使用貸借のようにその利用であるのか、あるいは無償委任のように役務の提供が問題となっているのかに分けて考える。給付内容が異なってくる以上、この差異を無視して無償契約一般について抽象的に追完請求の可否を論ずることはできないと思われる。

(一) 財産権移転型・利用型の無償契約について

贈与や使用貸借は、目的物に内在する財産権を相手に移転し、あるいは一時的に利用させるための無償契約である。贈与契約では一般に、贈与者は目的物をそのままの状態に渡すという意味であることはすでに確認している。また、使用貸借では条文上、賃貸借とは異なって使用収益させる義務、修繕義務を貸主が負担することはない。せいぜい、契約期間中に借主の目的物利用を妨げないようにする義務が要求されるに過ぎない。このことから、たとえ目的物に瑕疵があっても原則として贈与や使用貸借では追完請求が認められないことを示していると考えられる。債権者としても、無償で財産権の提供を受ける以上、引渡された以上のものを要求することは正当でないように思われる。ただし、具体的な契約において目的物に瑕疵がないこと・瑕疵がある場合には修補や代物の給付が認められることが契約の要素として合意されていたといえる場合には、もちろん例外的に追完請求が認められてよいと言える。

(二) 役務提供型の無償契約について

無償委任や無償寄託は委任者や寄託者の求めに応じて必要な役務を受任者や受寄者が果たすことを内容とする契約である。寄託契約の不履行があった場合、寄託者が追完の請求＝完全なかたちでの保管を求めることは基本的にはあまりないものと思われる。保管義務違反があった時点で目的物に何らかの損害が生じていることとなり、そのような受寄者に対して引き続き保管を求めることは一般に想定されないからである。⁶⁵⁾

それでは無償委任の場合がどうか。寄託契約とは異なって事務処理の内容が多様でありうる以上、事務処理の内容によっては追完が意味を持つことも当然に想定できる。さらにすでに述べたように、無償委任であっても受任者は原則として644条の義務を要求されるから、事務処理の不完全は受任者の義務違反と責任の発生に結びつく。そうであるとすれば、委任者が完全な事

務処理を求めて受任者に再度の事務処理履行を求めることができることも解することができる。しかしこれは妥当であろうか。委任契約の特質から、無償受任者であっても有償受任者と同様の注意義務を要求されることはたしかであるが、このことは仮に事務処理に不履行があったとして、その場合に問題となる責任の内容にもいえるといってよいのであろうか。利益原理は一般には帰責要件の調整法理であるが、債務者が利益を得ないという点で債務者の責任制限が志向されてよいともいえる。そうであるとすれば、事務処理が不完全であったという場合に委任者が追完請求を求め得るとして、報酬を得ない受任者に報酬を得る受任者と同様に、不履行があったことを理由として再度の履行を行う負担を要求することは適切でないこととなる。追完請求の前提として、果たして無償受任者の事務処理が不完全であったのか＝必要な注意義務を欠いていたかどうかというレベルでの帰責判断で義務違反がないとされることもあろうが、もし義務違反が認定されたとしても、委任者が無償受任者に再度の義務履行、追完請求をすることは原則として認められないというべきではないだろうか。

二 損害賠償

続いて損害賠償についてはどうか。利益原理に従い責任を制限されるべき無償契約債務者であっても、義務違反があり帰責要件を満たすと判断されるならば、しかるべき責任を負うこととなる。義務違反によって債権者に損害を与えたのであれば、債権者の求めに従い損害を賠償しなければならないこととなる。この点で、日独仏の各法典においても無償契約債務者が負う責任の効果としての損害賠償責任を、とりわけその範囲について制限するべきとの規定はない。そのため、法律に従って考えるのであれば、義務違反によって損害を生じさせた場合、416条の基準に従って賠償すべき損害の範囲が決定されることとなる。その意味で、有償契約債務者の負うべき損害賠償の範囲と判断枠組みは異ならない。

しかしここでも、すでに551条1項や無償受任者の責任内容について述べたことが当てはまる。ドイツの学説や日本におけるいくつかの判例・学説において主張されているように、対価の不存在、債務者の好意・寛大さという無償契約の要素を、債務者が賠償すべき損害の範囲という責任の効果において評価すべきという見解に注目できる。たとえばドイツでは、無償で動物を貸借してその動物によって損害が生じたという場合、当事者間に契約関係(使用貸借契約)が認められなければBGB599条といった責任制限規定は適用されえないが、BGB254条を用いた損害賠償額の調整を施行すべきとの見解が存在する。⁶⁶⁾日本でも、いわゆる隣人訴訟やそれに類似する無償行為者の責任について扱われた判例や、一部の学説において、無償行為や無償契約が問題となっている場合には、義務の制限というよりむしろ、損害賠償額の軽減を認めるべきことが指摘されている。⁶⁷⁾さらにグルントマンや石本博士、広中教授などは、無償契約においては、「無償性」という要素をBGB254条や当事者意思解釈に反映させ、その結果として損害賠償義務の減額というかたちでの責任制限が認められるべきと主張される。⁶⁸⁾

利益原理は本来帰責要件の調整法理であるものの、責任の効果については全く触れることのできない法理であると理解することは早計であるようにも思われる。利益原理に基づいて考えるのであれば、責任の効果についても契約が無償であることを考慮した調整が試みられてよいのではないだろうか。具体的には、ここでは債権者側の事情に注目することができる。対価を支払って給付を受取る有償契約と、対価を支払うことなく給付を受取る無償契約を比べた場合、仮にどちらの契約でも債務者の不履行があって債権者が意図する経済的な利益が実現されなかったとしよう(たとえば目的物に瑕疵があったことで、意図していた転売利益を逸したなど)。このとき、売買であれ贈与であれ、帰責の要件を満たす限り責任の効果として債務者に損害賠償責任が課せられることとなるであろう。しかし、転売利益が得られなかったことによる損害の賠償請求権を、対価を支払うことなく目的物を入手する無償契

約債権者＝贈与者にも認めるべきであろうか。対価を支払うことなく給付を受けるだけの債権者に、対価を支払って給付を受ける債権者と同等の権利を与えることは、衡平を失するとはいえないか。以上のような理由から、無償契約債権者が、契約から有償契約の場合に通常は期待されるような経済的利益・履行利益の実現を期待していたが、債務者の不履行によってそれが取得できなかったとしても、利益原理を考慮してその賠償は認められないというべきではないだろうか。せいぜいのところ、無償契約から経済的利益が得られることを期待して支払った費用(伝統的に言うところの信託利益の一つ)といった費用が賠償の対象とされるというべきではないだろうか。責任の調整法理としての利益原理は、責任の効果を調整する法理としても機能させてよいように思われる。⁶⁹⁾そしてこのことは、各無償契約類型に共通しているとも考えられる。委任契約は、無償契約であることを原則としている以上、法律上要求される義務も有償の受任者と無償の受任者とで差異はない。しかし、彼らが同じ義務に違反して同じ損害が債権者に生じたとしても、やはり無償受任者に対しては、対価の不存在、債務者の好意といった無償契約類型の特質から、その全額の賠償は認められないというべきではないであろうか。⁷⁰⁾

このことから、利益原理から導かれる無償契約債務者の責任制限法理として、責任の量的制限法理、すなわち損害賠償額の減額法理も存在するものと考えられる。具体的には損害額を算定する際に、416条の枠内で無償契約における通常損害の範囲を制限し、あるいは過失相殺法理を用いることなどによって実現されることとなろう。⁷¹⁾

もちろん、目的物の瑕疵や債務者の注意義務違反によって、債権者のいわゆる完全性利益に損害が生じた場合には別である。本研究では十分な考察の対象と為し得ないが、契約責任によってであれ不法行為責任によってであれ、債務者の損害賠償責任が認められてよい。⁷²⁾

三 契約の解除

最後に、無償契約債務者に不履行があった場合、債権者に契約解除権は認められるか。540条以下の法定解除に関する諸規定では、同時履行の抗弁権や危険負担のように適用を双務契約に限定するような文言はなく、片務無償契約であっても債務者に遅滞や不能があるなど、要件を満たす限りで解除が認められることとなる。⁷³⁾しかし贈与や使用貸借、そして(無償)委任、(無償)寄託といった契約類型では、各契約に関する個別規定において当事者に特別な契約解除(解約告知)権を認めている場合が多いということにも留意する必要がある。たとえば委任では、条文上は有償委任と無償委任とにかかわらず任意解約権が認められている(650条)。使用貸借や寄託に関しても、返還時期に関する特別な規定があり、契約期間の定めがあっても目的物の返還を通じて契約を終了させることができる場合が規定されている(597条、662条、663条)。また、贈与契約では贈与者側に書面によらない贈与の履行前の撤回(550条)が定められているほか、受贈者側でも履行前であれば、債務の免除によって契約を終了させることができるとの指摘もある。⁷⁴⁾

そうであるとすれば、無償契約においては個別規定において契約を終了させるための規定が多く規定されていることから、相対的に債務不履行に基づく解除権が問題とされる場面は少ないものと思われる。学説ではたとえば贈与契約において贈与者が履行遅滞に陥った場合、受贈者側から遅滞解除をすることでもはや不要となった無償給付を拒絶するという利益が指摘されることもある。⁷⁵⁾しかし、無償契約では対価が存在しない以上、とりわけ債権者側からの解除に(双務)有償契約ほどの意義を見出すことはできないことも事実である。思うに無償契約において540条以下による法定解除権を認めないとする必要はないものの、これを認める実益は乏しいものと思われる。

Ⅶ 小 括

無償契約における債務者の責任制限法理をめぐる問題については、おおよ

そ以上のように整理することができるであろう。ここではこの問題に対する私見を簡単にまとめておくこととする。

一 無償契約における責任制限法理の根拠

日本民法の立法者の構想に基づき、民法典においては無償契約債務者のための責任制限規定が比較的限定的に設けられることとなった。また、無償契約といえども合意に基づいて債務を生じさせる契約に変わらないということからすれば、いやしくも契約を締結した以上は無償の給付であっても適切な注意をもって履行する必要がある、義務違反に際しては一般の原則（415条）に従って帰責が判断され、相応の効果が生ずるべきとも考えられる。このような考え方を推し進めていけば、とりわけ責任法理という側面における無償契約特有の法理は存在しないかのようにも思われる。⁷⁶⁾

しかし、本研究から明らかにされたように、無償契約において債務者の責任が制限される理由は、古くはローマ時代に端を発した利益原理にあるものと思われる。契約において利益＝給付を得ない債務者の責任は制限されるべきとの考え方が影響し、現代における日独仏の法典で無償契約債務者の責任制限がいくつかの態様で規定されるに至ったのである。このことから、無償契約債務者の責任構造は有償契約債務者のそれとは異なったものと判断されるべきこととなる。これはとりわけ、帰責の要件や責任の範囲においてあらわれるものと考えべきである。これに基づいて、無償契約債務者の責任が、有償契約債務者の責任とは異なって判断されるべきという場面・要請が生ずるものと考えられる。ただし無償委任については、受任者は委任者の利益に基づいて委託された事務処理を遂行するという特徴があるために、644条において無償の受任者にも厳格な注意義務が要求されている。このことから、委任契約では特別な事情がある場合を除き、受任者は厳格な義務履行を求められる。

二 責任範囲の調整について

一方で責任の範囲については別である。無償契約債権者の側に着目すれば、契約において対価を支払わない者が、対価を支払う有償契約債務者と同等の利益を契約から得られるものと期待することは、原則として正当でない。そのことから、仮に無償契約債務者に義務違反があり、債権者が望んだ（経済的）利益を取得できなかったとしてもそれは債権者の側で受忍するべきである。これは委任契約であっても変わらないといえる。

無償契約に基づく給付が問題となる場合、無論具体的事例に現れてくる諸事情によることとなるが、債務者の示す好意や給付の無償性を考慮して、当事者における責任範囲の縮減意図、賠償範囲の限定というものがあるというべきである。過失相殺法理などを用いることで債務者の負うべき責任の範囲、債務者が賠償すべき損害額を有償契約債務者と比べて縮減すること、これも利益原理に基づく無償契約債務者の責任制限法理であるといえるだろう。

終章 結びに

以上、本稿では無償契約債務者の責任制限法理を取り上げ、民法典に規定されている無償契約債務者の責任制限規定を中心にその規定根拠や射程、そして無償契約債務者の責任制限という法理の存否などにつき、歴史的・比較法的検討を試みた。無償契約に関する規定につき、債務者の責任や注意義務を制限する趣旨の規定が設けられているという点では各国民法典に共通するところであるが、本研究で見たように、その規定態様や解釈方法には差異も見られた。すなわち、「一定類型の無償契約において債務者の責任が制限される場合がある」ということは一般論としては正しいといえるものの、どのような無償契約類型について、どのような態様の責任制限を認めるかについては、各国の態度に相当の差異を見出すことができる。これについては、対価を伴う契約である有償契約とそうでない契約である無償契約という差異

を実体法的にどのように評価するかという点での相違にとどまらず、いうなれば各国における契約観・契約責任観の相違も影響を及ぼしているのではないかと推測する。

本研究では、民法典における責任制限法理の検討という目標の下、さしあたって無償契約における責任制限法理を明らかにすることを試みた。その成果として、責任制限法理として利益原理という法理が作用していることを明らかにすることができた。責任の調整法理としての利益原理は、無償契約においては利益＝給付を得ない債務者の責任を制限する方向で作用する。日本ではとくに立法者の（あるいは日本独自の？）無償契約観が強く表れているためか、諸外国と比べて無償契約債務者の保護という面では法律規定についてやや抑制的な規定態様となった。たしかに対価を得ない場合であっても、一定の給付を合意した以上はそれ相応の義務を負うべきである。しかし、そうであるといっても対価のある有償契約と対価のない無償契約とを接近させることは、無償契約規定そのものの立法論的意義を疑わしいものとするし、一般的道徳的感覚にもそぐわないであろう。近時の学説では、このような無償契約において債務者の責任を制限するという原則を採用しないという立法者による考えを批判するものもあり、中には無償契約一般について債務者の責任が制限されるべきであるとするものさえみられる。

現代社会が資本主義経済社会であり、対価を伴う交換取引を前提とするがゆえに、たとえば売買と贈与とを比べた場合、前者のほうが事実としてより債務者の責任追及を厳格にしなければならない、言い換えれば債権者の期待した契約によって実現される（べき）利益を保護しなければならないといえる。さらに、やはり債務者が利益を得ないという無償契約の本質から、そして対価なくただ給付を受けるに過ぎない無償契約債権者が、無償契約によって有償契約を締結した場合と同等の利益の実現を期待することは正当でないと考慮すれば、帰責の要件や損害賠償といった効果で、有償契約と同等の責任を無償契約の債務者に課すことは問題があるだろう。利益原理に着目して

無償契約債務者の責任構造、責任制限を志向していくべきである。

また、本研究で明らかとなった利益原理は、本来的には有償契約においても機能しうるものである。つまり利益原理は、契約から両当事者が利益＝給付を得る場合には、両当事者の責任は等しく扱われるべきように、帰責要件を調整する法理でもある。そうであるとすれば、有償契約における債権者・債務者間の利益調整、債務者の責任構造を考える際にも、同原理の有用性は損なわれることはないと思われる。利益原理の展開可能性を見出していくことが、次なる研究の課題といえよう。

(完)

第五章 注

- 154) 星野英一編『隣人訴訟と法の役割』(有斐閣、1984) 20頁以下。なお、星野博士も森島教授と同様の見解のようである。隣人訴訟における責任構成については、森島教授のように契約責任構成とすべきという見解のほか、判決を支持し不法行為責任構成を主張しつつ、好意という要素を考慮して具体的過失を注意義務違反の基準とすべきとされる加藤教授の見解(同「判批」判タ507号(1983)106-107頁)や、契約責任と不法行為責任との中間責任的構成を支持される伊藤高義教授の見解(同「隣人訴訟」『民法の争点(新版)』(有斐閣、1985)208頁)がみられる。好美清光博士は、契約責任の否定を妥当としつつ、不法行為責任を認めたことについて、不作為不法行為の前提となる作為義務違反という観点から疑問とされる(同「隣人訴訟判決の問題点」ジュリスト793号(1983)42-43頁)。なおドイツでは、当事者間に好意に基づく関係が存在する場合につき、契約関係から日常生活における事実的關係まで段階づけて分類し分析する傾向がみられる。ここで挙げた各裁判例のように、当事者間に幼児の監護や子どもの引率、後遺症患者の介護について何らかの意思のやり取りはあったが、「法律的效果意思」が欠けているために契約関係が成立しないという場合は、ドイツでは法律拘束意思 *Rechtsbindungswille* の欠如の一場面として理解されている(これについては瀬川信久「子どもを好意で預かった場合の保護義務」加藤一郎＝水本浩編『民法・信託法理論の展開』(弘文堂、1986)63頁以下、*Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 21. Aufl., 2007, Rn.364ff.*を参照)。そしてこの意思が欠如している場合には、当事者間で一見して申込と承諾の一致があったとしても、それに基づいて契約関係は生じず、事実的な好意協定関係 *Gefälligkeitsverhältnisse* が生ずるとされる。ドイツでも、契約外での責任判断に際して好意という要素をいかに評価すべきが問題とされている。これについてはたとえば *Klaus Schreiber, Haftung bei Gefälligkeitsen, JURA 2001, 810ff.*を参照。また、委任と好意関係について一木孝之「無償委任の法的性質—「契約成立」に関する一考察(1)・(2)・(3)

- 完) —」早稲田法学76巻2号・4号・77巻1号(2000・2001・2001)113頁以下、19頁以下、51頁以下参照。
- 155) ただしこのことが、無償ボランティアとしての介護給付を目的とする準委任契約(あるいは無名契約)が締結された場合には、ボランティアの果たすべき注意義務が実質的に644条に比して限定されるという意味であるのか、あるいはより抽象的に具体的事案の個別事情(本件でいう無償ボランティアによる介護行為)を考慮しての実質的判断に過ぎないのかは明らかでない。おそらくは後者であると思われる。
- 156) 隣人訴訟に関しては、前掲注154)・155) 諸掲の各文献のほか、小島武司=C・アティアス=山口龍之『隣人訴訟の研究』(日本評論社、1989)3頁以下も参照。星野編・前掲注154) 所収の座談会でも、同裁判例において問題となった加害者の注意義務の程度について意見が交わされている(星野編・前掲20頁(森島昭夫発言)、同148頁(星野発言)など)。一方、好意や無償性といった要素も考慮して、過失相殺法理を用いて損害賠償責任を調整した点については、その当否などはあまり議論の対象となっていないようである(星野編・前掲34頁以下、54頁以下、163頁以下など)。なお、加害者の好意といった点は、陪審裁判においては陪審員が賠償額減額のための一要素として評価する傾向にあることが指摘されている(小島ほか・前掲98頁)。そのほかに隣人訴訟を扱うものとして、古崎慶長「重要判例解説」季刊実務民事法5号(1984)230頁以下、河上正二「民法の意義と機能」法学セミナー48巻5号(2003)66頁以下、安西明子「隣人訴訟」法学教室350号(2009)18-19頁などがある。
- 157) 判例①および②では、注意義務の存在と加害者によるその違反が認められたが、少なくとも②では加害者側は抗弁として預かり行為の好意性や無償性を理由とした注意義務(違反)の不存在、賠償責任の軽減を主張していない(①については、当事者の主張が明らかでない)。
- 158) 好意同乗については、前田陽一「特別な人間関係と不法行為」内田貴=大村敦志編『民法の争点』(有斐閣、2007)294-295頁参照。好意同乗も、加害者側に好意や無償性といった要素が認められることから本稿にとっても参考となると思われるが、責任保険制度との関係(保険金給付のために加害者の過失を認定するという特別な事情)もあるために、本稿では直接は扱わないこととする。星野編・前掲注154) 48頁以下、前田・前掲295頁参照。
- 159) この点、判例⑤では無償で町内会長を務める被告に損害回避のための方策を果すべき様な注意義務はないとされているが、事故の原因となった草刈作業への参加が各住民の任意であったといった事情も考慮され、町内会長である被告の責任で損害を生じさせないようにするというより、損害の回避は個々の参加者の責任に委ねられていたと評価されたが故のこととも考えられる。注意義務の有無の判断については、①~④に現れているように、好意や無償という要素をもってして、直ちに損害回避のための注意義務が免除・軽減されることはないというのが裁判例の傾向として読み取れる。
- 160) 詳細については、拙稿「無償契約債務者の責任法理—民法典における責任制限法理の検討—(三)」大東法学25巻1号(2015)7頁以下、とくに第五章—II参照。
- 161) ただし、贈与に関する規定においては瑕疵担保責任に関する定めがなく、財産編396条による担保責任に関しても、瑕疵担保を含まない理解されていた。
- 162) 詳細については拙稿・前掲注160) 第五章—IIIを参照。
- 163) 詳細については、拙稿・前掲注160) 第五章—IV、V参照。
- 164) なお、551条1項にいう責任をいわゆる担保責任ではなく債務不履行責任としてとらえる見解も、対価がないことに制限の根拠を求めることはできないであろう。事実加藤教授は、教授の唱える担保責任の法的性質論に立脚し、対価の存在しない無償

- 契約である贈与契約では、そもそも担保責任自体が成り立たないものとされ、そのことから551条1項の性質論を導かれている。加藤・前掲注62) 178-179参照。
- 165) ここで、自己の財産に対するのと同じの注意を負うべき場合(具体的軽過失)と故意または重大な過失のためにのみ責任を負うべき場合とではどのような相違があるのであろうか。それぞれの論者においては、これら2つの概念が明確に区別されているようである。この点、たとえば岡教授は、これら2つの概念は、実際にも証明が困難であるために差異はないとされる(同・前掲注84) 87頁)。しかし、自己の財産に対するのと同じの注意は、問題となる当該債務者の個別的注意が標準となるのに対し、故意または重過失という場合には、一般人を基準としてその者さえ果たすであろう注意を果たさないことと理解される。そうであるとすれば、いわば注意義務の基準の問題と帰責事由判断との問題とを同一平面上で論じようとするのは聊か早計であるようにも思える。
- 166) 山中・前掲注105) 257頁、加藤・前掲注62) 178頁など。
- 167) なお、これらの学説も主張するように、他人の物から財産を取得して贈与することが合意されていたのであれば、贈与者には権利の取得義務が生ずるのであり、結果として取得できなければ単なる債務の不履行として判断されるべきであろう。問題となるのはあくまで自己の物として贈与した場合に実際には他人の所有物であったという場合に、他人の所有権の存在に関して善意あるいは悪意の贈与者がどの法準則に従って責任を判断されるべきなのかである。
- 168) これについては拙稿「無償契約債務者の責任法理—民法典における責任制限法理の検討—(二)」大東法学24巻2号(2015) 23頁以下、第三章—II—二参照。
- 169) 梅・前掲注37) 768-769頁、岡松・前掲注125) 次312-次313頁、来栖・前掲注55) 591-592頁。
- 170) 平野・前掲注102) 658頁、加藤・前掲注62) 444-445頁。
- 171) 辻・前掲注60) 185-186頁および188頁注(43)。
- 172) 前者の場合は、悪意による黙秘という要件での帰責、信頼利益に対する損害の賠償に限定される。一方で後者の場合、瑕疵についての悪意・重過失不知という要件によって、代物給付義務や不履行のための損害賠償など、一般の債務不履行責任と同様の効果を生じさせている。なお、使用貸借の目的物に瑕疵がある場合の貸主の担保責任制限規定であるBGB600条では、贈与契約における担保責任制限規定のように場合分けがされていない。しかしこれに関しては、必要に応じて523条2項や524条2項が類推されてよいとする意見もある。
- 173) 北川善太郎『契約責任の研究』(有斐閣、1963) 123頁、野澤正充「フランスにおける瑕疵担保責任の法理」同編『瑕疵担保責任と債務不履行責任』(日本評論社、2009) 95頁。
- 174) とりわけ、北川・前掲注173) 123頁。
- 175) C.C.1635条および1645条がそれにあたる。
- 176) 贈与契約については、すでに見たようにC.C.に明文規定はないものの判例や学説では贈与者の担保責任が制限されるとの理解が多くみられる。しかし、贈与契約における担保責任、すなわち贈与目的物に瑕疵があった場合における贈与者の責任構造に関しては言及が少ないこともあり、詳細は不明である。
- 177) 特に、無償契約観という点では、日本において独仏と比較してそれほど無償契約債務者の責任制限規定を多く設けなかった理由ともなっている。すなわち、日本においては「無償契約は場合によっては「売買などよりも重い」」のである。法典調査会・前掲注37) 298頁(穂積博士の発言)。
- 178) 利益原理に関する歴史的受容過程(とりわけドイツ法における過程)については詳

- しくは、拙稿「無償契約債務者の責任法理—民法典における責任制限法理の検討—(一)」大東法学23巻2号(2014)113頁以下、第一章および第二章参照。独仏では、たとえばホフマンやメディクス、そしてポティエが利益原理に責任制限法理の根拠を見出している。それぞれ拙稿・前掲168)第三章、拙稿・前掲160)第四章を参照。
- 179) 無償契約における原始的主観的不能に対する責任に関する議論でさえ、結局は無償契約債務者がどのような基準(どのような帰責性)のために責任を負うのかが問題とされている。
- 180) この点、無償性や好意という要素をBGB254条による共働過失による賠償額調整の際に考慮すべきとする意見もある。たとえば、*Werner Flume*, Anmerkung des BGH, Urt. v. 14. 3. 1961 - IV ZR 189/59, JZ 1961, 606; *Herbert Schlieff*, Abwägungskriterien bei der Schadensausgleichung nach § 254 BGB, NJW 1965, 677; *Hans-Joachim Hoffmann*, Der Einfluß des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmaß, AcP 167 (1967), 394ff., 407; *Rudolf Westerhoff*, Ist die Entscheidung gerecht? -Methodische Wertung am Beispiel eines Reitunfalls-, JR 1993, 497ff., 502; *Stefan Grundmann*, Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte, AcP 198 (1998), S.457 ff. を参照。
- 181) たとえば、広中・前掲注58) 129-130頁は、損害賠償の縮減という意味が無償契約当事者に認められるとする。判例でも、無償契約債務者ではなく、契約関係にない無償行為者の責任を扱った判例であるが、前掲判例③・④は、無償行為者(加害者)の義務違反を認めつつも、好意や無償性という要素のため義務違反の違法性が低いとして、損害賠償の範囲を制限している。

第六章 注

- 1) これについては、憶測ではあるものの、各時代・各国における契約観、無償契約観も影響しているものと思われる。特に現行日本民法の立法者にあつてはその無償契約観が顕著に表れており、贈与者の責任をどう扱うかにつき、無償契約であっても場合にはよっては売買よりも「重い」としていた。他の無償契約類型を見ても、日本民法典では諸外国の法典(BGBおよびC.C.)と比較して、無償契約債務者の責任制限規定が少なくなっている。現行民法典起草過程の議論については、前章Ⅲ参照。
- 2) 独仏の議論に関しては、拙稿「無償契約債務者の責任法理—民法典における責任制限法理の検討—(二)・(三)」大東法学24巻2号・25巻1号(2015)23頁以下・7頁以下(第三章・第四章)を参照。また、日本法については本稿第五章を参照。とりわけそれぞれ、我妻栄『債権各論 中巻一』(岩波書店、1957)232頁、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論 上巻』(岩波書店、1924)263頁、川井健『民法概論4 債権各論〔補訂版〕』(有斐閣、2010〔初出2006〕)117頁、於保不二雄「無償契約の特質」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅰ 契約総論』(有斐閣、1962)85-86頁、岡本詔治「無償契約という観念を今日論ずることには、どういう意義があるか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第五巻 契約の一般的課題』(日本評論社、1990)50頁など。
- 3) 法典調査会『民法議事速記録9』(法務図書館、1981)298頁。
- 4) *Helmut Kollhosser*, ZEV 2000, 321など。
- 5) *Hans-Joachim Hoffmann*, Der Einfluß des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmaß, AcP 167 (1967), 394ff., 403ff.; *Ders.*, Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, 1968; *Dieter Medicus*, Zur Reichweite gesetzlicher Haftungsmilderungen, in: FS Odersky, 1996, S.589ff., 593ff.; *Ders.*, Bürgerliches Recht, 21 Aufl., 2007, Rn.364ff.; *Dieter Medicus / Stephan Lorenz*, Schuldrecht II, BT., 15.Aufl., 2010, Rn.5.
- 6) *Bernard Beignier*, Liberalites et successions, 2012, n^o135s. そのほか、贈与契約に関

- して贈与者の担保責任が解釈上制限されるとし、その根拠を寛大さに求めるものとして、Michel Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, 2008, n°315.21 ; Philippe Malaurie, *Les successions les liberalites*, 5^eéd., 2012, n°405.
- 7) RTD. civ. 1981, 650, obs. G. Cornu. コルヌは無償契約債務者の責任制限法理がローマ法に由来すると説く。無償契約における責任制限規定に関するフランス民法典の立法理由に関しては、Jacques de Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du code civil au conseil d'état*, T.4, 1807参照。
 - 8) Pothier, *Traité du Prêt à usage, du Précaire, du Prêt de consommation, de l'Usure, du Promutuum et de l'Action conditio indebiti, des Contrats de Dépôt, de Mandat (et quasi-contrat Negotiorum gestorum), d'Assurance, de Prêt à la grosse aventure, de Jeu et de Nantissement*, in *Œuvres*, par M. Bugnet, T.5, 1847, pp.32-33 n°79, p.132 n°26.
 - 9) この点で、給付の有無という点に着目すると無償契約において債務者が必ずしも債権者から給付を受けないというわけではないことも分かる。たとえば使用貸借では借主が用法遵守義務を負い(594条1項)、委任や寄託では、委任者に費用の前払義務が生じたり(649条)、また受任者や寄託者が債務の履行に際して損害を受けた場合、これを賠償する義務を負うこともある(650条3項、661条)。そうであるとすれば、無償契約において債務者が給付を受けないことを理由として利益原理を当てはめることがどこまで正当化されるのかについて疑問が生ずる。しかし上記のように無償契約において債務者が債権者から給付を受けることはあるものの、これらは「対価の意味を持つ」給付といえるのであろうか。利益原理はあくまで利益たる給付の有無を基準とするものである。したがって、たしかに無償契約では債務者が法律上給付を受けることはあるものの、それがなお「利益」であると評価されるに至らなければ、利益原理の適用を是としてよいと言えよう。
 - 10) 有償契約における債務者の責任加重と無償契約における債務者の責任加重とについて、合意の有効性という点で問題とされうる余地はある。無償契約では有償契約と異なって債務者の責任が制限されるべきとの原則的評価づけがはたらくため、有償契約では認められる債務者の責任加重が、無償契約では場合によっては許されないとされる可能性もある。有償契約規定の任意法規性(強行法規性)と無償契約規定のそれには、何らかの相違があるようにも思われるが、本研究では詳しく立ち入らない。
 - 11) 契約関係において債務者がいかなる義務を負っているのかに関わる義務構造論については、諸説が林立しており、こうした義務構造論そのものに異議を唱える見解さえみられるといわれる。本稿では詳しくは立ち入らないが、さしあたって長坂純『契約責任の構造と射程』(勁草書房、2010) 137頁以下を参照。
 - 12) このことから、もちろん具体的事例では、ある義務の存立基盤が対価の存在にあるという場合も考えられるのであり、その限りでは対価の存否が義務の存否と結びつくこともあるといえる。
 - 13) 大阪地方裁判所堺支部昭和43年8月8日判決(判時552号66頁)、神戸地方裁判所昭和51年2月24日判決(判時831号75頁)、津地方裁判所昭和58年2月25日判決(判時1083号125頁)、津地方裁判所昭和58年4月21日判決(判タ494号156頁)。ただし、鹿児島地方裁判所平成1年5月29日判決(判タ708号213頁)では無償の町内会長が草刈奉仕作業の際に任意の参加者に対する注意義務・配慮義務を、役職の無償性から制限し、東京地裁平成10年7月28日判決(判時1665号84頁)では、無償のボランティアといえども644条に従って善管注意義務を負うとしながらも、素人であるボランティアには専門家に対して要求しうるほどの注意は要求しえないとする。なお、事案の概要と判旨については、第五章—V参照。

- 14) 消費貸借も、利息の有無に応じて債務者（貸主）の義務（担保責任）に相違を設けている財産権利用型契約であるが、利息付消費貸借と無利息消費貸借では担保責任の有無のみが主に問題となるために、売買と贈与との関係にむしろ近いといえる。
- 15) 貸貸人の担保責任と使用収益させる義務との関係は、新田孝二「貸貸人、売主の瑕疵（とくに瑕疵結果損害に対する）担保責任」明治学院大学法学部編『法と政治の現代的課題』（第一法規、1987）1頁以下参照。
- 16) 我妻・前掲注2）376頁、近江幸治『契約法〔第3版〕』（成文堂、2006）176頁、平野裕之『契約法（第3版）』（信山社、2008〔初出1996〕）439頁。このような措置についても、契約の無償性がその理由であると推測されるが、具体的にその理由がどこに存在するのか（対価の不存在であるのか好意といった要素も考慮されてか）は明らかでない。なお、貸貸借契約においても特約によって修繕義務を賃借人の負担とすることは可能である。これについて詳しくは、新田孝二「不動産賃借人の修繕義務」同著『危険負担と危険配分』（信山社、1998）269頁以下参照。
- 17) 特に委任契約では、無償委任が形式上の原則形態であることから、報告義務や受領した金銭および果実の引渡義務なども、当然に無償受任者の負うべき義務であろう。務委任契約および寄託契約において、債務者が具体的にどのような義務を負うのかに関してこれを扱うものは少ないが、委任契約に関しては、中川高男「受任者の善管注意義務」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅳ（雇用・請負・委任）』（有斐閣、1963）269頁以下、四宮和夫「委任と事務管理」谷口知平教授還暦記念発起人「不当利得・事務管理の研究（2）」（有斐閣、1971）306頁以下など、寄託契約に関しては、松本暉男「寄託契約」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅴ（特殊の契約1）』（有斐閣、1963）3頁以下など参照。
- 18) 特にフランス判例法に顕著である。同法では、無償でクリーニングのために預けていた衣服が虫食いによって痛んでしまった事例、無償で預かっていた車が戦火のために滅失してしまった事例で、契約の有償・無償という差異に着目して債権者は無償の債務者に対して、有償の債務者に対して要求しうることもでもは要求できないとされた。それぞれリヨン商事裁判所1920年8月13日判決（D.1921, 2, 76）、破毀院第一民事部1954年12月22日（D.1955, 252）。詳しくは第四章—Ⅲ参照。ドイツでも、メディクスが、特に贈与者と使用貸借貸主の責任制限について述べるに当たり、責任基準の制限は、一定の基準に達していればそもそも義務違反と評価しえないために義務そのものの制限でもあるとする。特に無償受寄者の注意義務軽減に関する BGB690条などでは、受寄者は保管のために特に注意を果たす義務を負わない（自己の財産に対するのと同様の注意さえ果たせばよい）という。Medicus, a.a.O. (Fn.5), S.599ff.
- 19) このことは、659条を無償契約の一般法理と考えてそのため無償契約類型（贈与や無償委任など）にも適用せしめようとする場合には、それら契約類型の債務者に対しても当てはまることである。
- 20) 各学説の詳細に関しては、第五章Ⅳ—Ⅱ参照。
- 21) この点について、同様の問題を指摘して551条1項の適用を種類物に対しても認める見解もある。鈴木祿弥『債権法講義 四訂版』（創文社、2001〔初出1980〕）333-334頁、内田貴『民法Ⅱ 債権各論（第3版）』（東京大学出版会、2011〔初出1997〕）168頁など。
- 22) 高橋眞「信頼利益・履行利益とは何か—損害概念論研究の端緒」同『損害概念論序説』（有斐閣、2005）11-13頁参照。
- 23) 岡孝「無償契約の特殊性」法学セミナー408号（1988）86頁、内田・前掲注21）16頁など。
- 24) この点につき、すでに鈴木恵准教授がこのような疑問を呈されている。鈴木恵「贈与

- 契約における物の瑕疵をめぐる責任」好美清光先生古希記念論文集刊行委員会編『好美清好先生古希記念論文集 現代契約上の展開』（経済法令研究会、2000）259頁参照。
- 25) 完全性利益侵害に対する救済規範として、契約責任が妥当か不法行為責任が妥当かという議論があるが、本研究の問題意識とは離れるため、ここでは詳しくは論じない。
- 26) *Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II /1, 13.Aufl., 1986, S.203*; *Andre Pohlmann, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten, 2002, S.52f., S.181ff.*
- 27) そのため、551条1項によって制限される責任を債務不履行責任であるとし、さらには債務不履行責任ではなく不法行為責任が問題となるというようにも解釈しえたであろう。
- 28) 立法者自身は、贈与における担保責任の免除を「贈与の性質上当然」であると説明する。法典調査会・前掲注3）298頁。
- 29) ドイツ法学説の状況については、第三章—II、III参照。
- 30) その意味では、瑕疵なき物の給付義務を免れているといえども契約締結上の過失責任や、完全性利益侵害のための責任、さらには不法行為責任を免れえないのではないだろうか。
- 31) 肯定する見解として、梅謙次郎『民法〔明治29年〕債権 第二章 契約（第一節～第三節）』（信山社、1996）28頁、山中康雄『契約総論』（弘文堂、1949）256-257頁、半田吉信『契約法講義〔第2版〕』（信山社、2005〔初出2004〕）180頁。否定する見解として、末弘敏太郎『債権各論』（有斐閣、1919）318-319頁。
- 32) なお、「重大な過失も悪意と同視すべきである」という一般的な理解・解釈が民法上確立しているかについて、野澤正充「判批」判評655号（2013）152頁以下、156-157頁参照。野澤教授は、重大な過失＝悪意であるとの一般的解釈は未だ確立していないと評される。しかしたとえば、572条による瑕疵担保責任免責特約の効力などの個別規定においては、重大な過失を悪意と評価する法理が存在すると指摘される。このことから、551条1項ただし書においても、贈与者が瑕疵を知らないことについて重大な過失があった場合にも「知りながら告げない」場合と同視し、責任を負わせるという評価もできないではない。しかし、やはり551条1項の立法趣旨でもある「贈与者は自己の財産をそのままの状態と与える」ということから、知らないことに重大な過失があっても瑕疵の認識がない＝「悪意」でないため、なおただし書の責任は生じないというべきではなからうか。
- 33) 第三章—II—一、IV参照。ただドイツでは、瑕疵結果損害による完全性利益侵害をBGB524条の問題とする学説も少数ながら見受けられる。たとえばBGHがそうであるとされる。BGHZ 93, 23 ff. なお、フランスにおける判例では、使用貸借貸主について貸主悪意の場合には瑕疵結果損害等も責任制限規定の射程に含むと考えられており、反対に貸主が瑕疵について善意である限りは借主に対する不法行為責任をも排斥する（目的物の瑕疵から生じた損害については、当事者に契約関係がある限り契約法規範のみが問題となる）とされているようである。たとえば、破産院民事部1897年2月22日判決（D.1901, 75）、破産院第一民事部1960年10月26日判決（Bull.civ.1, n°463）、破産院刑事部2002年9月17日判決（Bull.crim.criminal 2002 n°165）、破産院予審部1941年4月1日判決（S.1941, 112）。
- 34) ドイツでは使用貸借貸主の責任を制限するBGB599条と動物保有者の危険責任を定めるBGB833条との競合が議論されている。これについては第三章—III参照。日本法でも、このように使用貸借した動物が暴れるなどして借主に損害を与えるという場合は考えられないではなく、596条と718条との関係が問題となりうる。しかしこの場合にも、本文に挙げた完全性利益保護という理由から、あくまで目的物の瑕疵に関する規定で

ある596条は問題とならず、貸主は、596条によって責任を負わないのではなく、完全性利益保護のための契約規範あるいは不法行為規範に従って責任を負うというべきである。

- 35) たとえばドイツ法では、原始的主観的不能の場合の贈与者の責任をどう扱うのかに關して判例および学説において議論がみられた。判例では、債務者は給付の原始的主観的不能に対して帰責性に関わらない保証責任を負うとされたが、学説はこれに反対する見解が多い。これについては第三章一Ⅱ一、Ⅳ一三参照。すなわち、この事例では目的物の権利調達の原始的主観的不能が問題となったのであるが、BGB523条などの法意からそのような場合にも贈与者の責任を原則制限すべきというものである。しかし、日本法ではこのような場合についても本文理由から、贈与者が自己の財産から給付を行う場合で瑕疵（権利不調達）が原始的な障害である限りは、551条1項の問題としてよいのではないだろうか。それ以外の場合、他人の財産からの給付の場合には、551条1項の適用はなく、その限りでBGB523条や524条のように贈与者には権利調達義務があると考えられる。詳しくは後述本文（三）参照。
- 36) 完全性利益の問題は551条1項など責任制限規定の問題ではないとする限りでは、岡村玄治『債権法各論』（巖松堂書店、1929）183-184頁、潮見佳男『契約各論Ⅰ』（信山社、2002）53頁などに賛同する。
- 37) なお、贈与者の悪意、すなわち瑕疵を知りながら贈与したという態様については、場合によっては特に非難可能性が高くなるとも考えられる。たとえば、受贈者が普段から使用するという目的で、贈与者の所有する車が贈与されたが、その車につき、贈与者が贈与の際にエンジンの不具合があるという瑕疵を知っていたという場合を考えてみる。この場合には、受贈者が運転中に突然エンジンに不調をきたし、その結果重大な事故を引き起こすということも贈与者にとって予測できるものであり、だからこそ、551条1項では贈与者に瑕疵を知っているならば告知すべきという規範が定められているという理解も可能である。ドイツ法では、被侵害利益とそれに対応する保護規範とを類別し、結果としてBGB524条という目的物の物的瑕疵に関する規定では拡大侵害や瑕疵結果損害を把握できないという理解が一般的である。一方で、フランス法ではC.C.1891条によって制限され、帰責される責任を被侵害利益に従って区別しておらず、また、売買契約に関する例であるが、売主が目的物の瑕疵について悪意であれば、損害賠償責任の範囲を拡大するという規定もある（C.C.1635条、1645条）さらに判例において、売主悪意の場合にその損害賠償責任を拡大損害にまで及ばせしめるという法理の存在も指摘されている（荻野奈緒「売買契約の目的物の瑕疵に起因する拡大損害」松川正毅＝金山直樹＝横山美夏＝森山浩江＝香川崇編『判例にみるフランス民法の軌跡』（法律文化社、2012）222頁以下）。日本においても、たとえば三宅博士も、瑕疵について詐欺的悪意のある贈与者は、いわば受贈者に生じうるすべての損害を賠償する責に任じてよいとされる（三宅正男『契約法（各論）上巻』（青林書院、1994）33頁、364頁）。このように551条1項による悪意を要件とする責任を特別な責任ととらえるのであれば、非難可能性の高い贈与者に同条を規範として全損害の賠償を担わせてもよい、あるいは瑕疵について悪意であったならばそれに基づいて生ずる損害についても予見可能であったとして、416条を範として損害賠償の範囲を拡大すると考えることもできるように思える。しかし、551条1項の解釈上、同条の定める責任を、悪意を要件とする特別責任として理解しうるかどうかは、さらなる検討が必要であるように思える（なお付言するならば、民法典は随所において当事者の善意・悪意という要素を法律効果発生要件としてのみならず、法律効果、とりわけ損害賠償の範囲に差異を設ける基準としても用いている場合があることを指摘できる。たとえば、189条・190条、703条・704条など）。

- 38) もちろん悪意が415条にいう帰責事由を意味することもあり、その限りでは契約締結上の過失責任と551条1項ただし書による責任とが競合的に生じうることもあろう。しかし、贈与契約が前提として存在し、551条1項ただし書が悪意を要件とする責任を定めている以上は、信義則（あるいは不法行為）に基づく契約締結上の過失責任が問題とされる余地はないといえる。
- 39) 第三章—IV参照。使用貸借契約に関する BGB600条には規定はないが、学説は使用貸借の場合にも BGB523条、524条を準用・類推することで、他人から取得した目的物を貸借する場合における瑕疵の問題に対応すべきとされている。
- 40) たとえば、来栖三郎『契約法』（有斐閣、1974）238-239頁、三宅・前掲注37）34頁、広中俊雄『債権各論講義〔第6版〕』（有斐閣、1994）35-36頁、近江・前掲注15）116頁など。
- 41) 比較的近時のものとして、最高裁昭和44年1月31日判決（判時552号50頁）。
- 42) 来栖・前掲注40）239頁、三宅・前掲注37）34頁、近江・前掲注16）116頁。広中教授は、他人の所有物と知らないで贈与したような場合には、95条に基づく錯誤の主張によって、契約を無効とする場合が多いであろうとされる。広中・前掲注40）36頁。
- 43) 前掲注42)に挙げた各学説も同様に解している。ただし、だからといって第三者から目的物を取得して給付する贈与者が、たとえば売主と全く同質同量の責任を負うとは限らない。対価がないという点や、具体的な当事者意思を推察すれば、過失相殺の法理を用いての責任の調整や黙示的な注意義務・責任の軽減を認定するという点では売買などよりも多くの場面でこれが認められるのではと推測され、そういう意味では結果的に売主よりも責任が軽減されることになることも多いであろう。あくまであらかじめ贈与者などにも659条を一般原理として準用・類推適用したり、BGB521条を参考に帰責のための基準を緩和したりするという解釈措置は正しくないのではないかということである。
- 44) 詳しくは第五章—IV—四。
- 45) たとえば、Stefan Grundmann, Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte, AcP 198 (1998), S.471; Medicus, a.a.O. (Fn.5), Rn.368f.; Münchener Kommentar/Hermann Seiler, 5.Aufl., 2009, § 662 Rn.53ff.; Nk-BGB/Martin Schwab, Bd.2/1, 2.Aufl., 2012, § 662 Rn.24. その内容は、委任者に不意に生じた危険回避のための委任契約の場合に、緊急事務管理のための規定である BGB680条を準用し、あるいは「信託的要素」のない委任契約の場合には、高度の注意義務が要求されないとするものである。
- 46) たとえば、P. Pétel, Les obligations du mandataire, Litec, 1988, n°157s.
- 47) 財産取得編239条。委任が無償の場合には、過失の評価を比較的寛大にするという。
- 48) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書4 法典調査会民法議事速記録四』（商事法務研究会、1984）604-605頁。重岡薫五郎委員の質疑に対する富井政章博士の回答参照。
- 49) 第五章—IV—五。
- 50) 第三章—V—一。
- 51) 加藤雅信『契約法』（有斐閣、2007）26-27頁、421頁。
- 52) 加藤教授はそもそも無償契約一般について659条が適用されるべきと解されているので、その限りでは、まさに「無償契約のための責任制限法理」として659条をその根拠とされているといえよう。
- 53) なお、委任契約における被侵害利益について、履行利益と完全性利益とを区別し、前者は後者に比較して保護に値しえないとするグルントマンとシュヴァープの見解（Vgl., Grundmann, a.a.O. [Fn.45], S.471; Nk-BGB/Schwab, a.a.O. [Fn.45], § 662 Rn.24）に対しては、次のような疑問を提示できよう。すなわち、特にグルントマン

は委任契約における不完全給付によって侵害される利益が完全性利益であり、同利益の保護の要請が高いことから、委任契約では完全性利益侵害に対する責任の制限を認めるべきでないというが、契約の目的が完全性利益となっている場合（＝履行利益の保護が完全性利益の保護となる場合）と契約の履行に際して完全性利益を侵害しうる場合とで区別する必要があるが、一概に履行利益であれば比較的保護に値せず、完全性利益であれば保護に値するとはいえないのではないだろうか。

- 54) もちろん、具体的事例の個別事情によって無償受任者の義務を限定して考えるべきことは認められる。たとえば第五章－Vで扱った裁判例では、無償の非専門家たる医療ボランティアの果たすべき注意義務は、644条の注意義務といえども専門家としての医師の果たすべき注意義務ほど高度のものではないことが示唆されていた。
- 55) ただしドイツ民法立法過程をみると、第一委員会によって無償寄託契約のための責任制限規定を設けないとされる例もあった。第2章参照。
- 56) 債務者の好意という側面を直接に指摘する見解は、日本の学説にみられる。たとえば平野・前掲注16) 658頁、加藤・前掲注51) 444-445頁など。
- 57) Gai. D.44,7,1,5（これについては第一章参照）；*Christoph Christian Dabelow*, *Handbuch des Pandekten-Rechts in kritischer Revision*, T.2, 1817, S.418；*Karl August Dominikus Unterholzner*, *Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen*, Bd.2, 1840, S.665f.；I. Avanzini, *Les obligations du dépositaire*, Litec, 2006, n°71, n°73s. さらに日本においても、立法者である富井博士および梅博士（それぞれ司法法制調査部・前掲注48) 760-761頁、梅謙次郎【民法要義 巻之三 債権編（復刻版）】（有斐閣、1987）768-769頁、岡松参太郎博士（同【民法理由債権編】（有斐閣書房、1897）312-次313頁）などが主張される。
- 58) 第三章－V－二参照。
- 59) 辻伸行「ドイツにおける無償行為者の損害賠償責任とその責任軽減一贈与者・使用貸主・無償受寄者の積極的債権侵害に基づく責任および不法行為責を中心として」獨協大学法学会編『獨協大学法学部創設25周年記念論文集』（第一法規出版、1992）186-187頁、平野・前掲注16) 658頁および同頁注3。
- 60) 第三章－V－二参照。
- 61) 完全性利益保護が契約規範と不法行為規範とのどちらの規範によって実現されるべきかは争いのあるところであるが、私見によれば、659条の責任制限が及ぶのは本来的給付義務違反の場合のみであってこのとき不法行為責任とあえて競合する必要を感じないために、給付義務以外の義務違反と不法行為責任との競合問題は検討対象外となる。
- 62) 本稿第五章－IV参照。於保・前掲注2) 84頁、石田稔【民法V 契約法】（青林書院、1982）109頁、辻・前掲注59) 186-187頁。
- 63) 広中教授の指摘のとおり、659条のような規定を他の無償契約において設けなかったことが、立法者の「手落ち」であるならば（広中俊雄「有償契約と無償契約との差異は債務者の注意義務についても存在するか」同【契約法の理論と解釈】（創文社、1992）286-287頁（初出：幾代通＝鈴木禄弥＝広中俊雄【民法の基礎知識（1）】（有斐閣、1964）287頁）、本来は無償契約一般において債務者の注意義務等が軽減されてよいこととなり、民法典における無償契約の特徴も一層明らかなるものとなる。
- 64) この点について、レーヴィッシュの見解が参考になる。レーヴィッシュによれば、贈与者もBGB523条によって責任制限を受ける場合でも、あらゆる義務から免れるというわけではない。贈与者は、信義誠実の原則に従って、契約を貫徹するために可能かつ期待されうることを果たすという義務を負っているとされる。*Manfred Löwisch*, *JZ* 2001, 355.

- 65) 寄託物を保管するために特別な技術や設備が必要であり、それを特定の受寄者の身が有しているという場合には、寄託者が追完請求を求めることも想定できるとする。しかしそのような場合に受寄者が無償で寄託を引受けることはやはりまれであると思われる。
- 66) たとえば *Werner Flume*, Anmerkung des BGH, Urt. v. 14. 3. 1961 - IV ZR 189/59, JZ 1961, 606; *Herbert Schliefl*, Abwägungskriterien bei der Schadensausgleichung nach § 254 BGB, NJW 1965, 677; *Hoffmann*, a.a.O. (Fn.5), 394ff., 407; *Rudolf Westerhoff*, Ist die Entscheidung gerecht? -Methodische Wertung am Beispiel eines Reitunfalls-, JR 1993, 497 ff., 502参照。これらは、好意や無償性といった観点も考慮して、無償行為に基づいて生じた損害の賠償範囲については、BGB254条に従って賠償範囲の調整がなされるべきとする。一方、BGH, Urt. v. 9. 6. 1992 - IV ZR 49/91 (NJW 1992, 2474ff.) は無償行為が原因で損害が生じた事例に関する判例であった。同判例では、当事者間に契約関係が認められず、BGBの規定する責任制限規定の準用はないとされた。しかし損害賠償額の決定に際して、BGB254条によった賠償額の調整を志向する。ただし貸主（加害者）側の好意や行為の無償性を指摘してのことではない。
- 67) 無償行為者の損害賠償額の制限を認めた判例として、津地方裁判所昭和58年2月25日判決（判時1083号125頁）、津地方裁判所昭和58年4月21日判決（判タ494号156頁）がある（これらについては、本稿第五章—V—参照）。ただし判決では、行為者側の好意や無償性のみを考慮して減額措置を認めたのではなく、好意も含め、あくまで当該事例において現れている諸事情全体を考慮してのことである。
- 68) *Grundmann*, a.a.O. (Fn.45), S.457ff., S.470f., 石本雅夫『無過失損害賠償責任原因論【第一巻】』（法律文化社、1983）351頁、広中・前掲注43）129-130頁。石本博士は契約の有償無償という差異によって、帰責構造、責任内容やその量の差異を承認する余地があるべきということはあらゆる時代において法が目指すべき公平さの実現であるとされる。広中教授は、特に無償受任者の責任について、有償受任者と無償受任者は、責任を負うための要件を一にするが、このことは責任の量についてはそうではないとされる。
- 69) 経済的利益の実現が無償契約の要素として特別に合意されていた場合は別である。
- 70) 一方、このような責任の量的制限としての責任制限法理がいわゆる完全性利益侵害による損害賠償義務に対しても及ぶるかどうかは問題となる。完全性利益が債権者にとって特に保護に値すべき法益であることはたしかである。無償契約債務者の責任基準を巡るドイツ法における議論では争いがあるものの、それを肯定する見解もある。日本の判例では、制限を認める判例とそうでない判例とが見られる。この点は、やはり当該事例において現れる諸事情を考慮して減額が相当かどうかを決するほかないと思われる。
- 71) フランス判例法および学説では、このように無償契約債務者の責任の量を制限するという措置に反対する傾向が見られる。判例では、破産院第一民事部1980年1月4日 (Bull. civ. 1, n°11; D.1980, IR, 232) は、「C.C.1992条2項の文言によれば、フォートに関する責任は委任が無償である場合には、報酬が受け取られる場合よりも厳格でなく適用されることになるが、この規定はフォートの評価にのみ関連し、そして賠償の範囲には関係しない」とし、学説でも、「受任者は、裁判官が、その損害がまさに受任者のフォートに基づくものであると決定するとき、受任者によって引き起こされた損害の全部を賠償しなければならないということである。そのような段階にあっては、委任が無償であったかそうでないかによって区別を行うという理由は存在しないだろう。そのような区別付けは、より以前の段階において必要なものとなる。すなわち、受任者の行為の評価においてである。実際に、無償の受任者の行動の評価が、有償の受任者およびとりわけ専門家である受任者の行動の評価よりも厳格なものでないとい

- うことは当然である」とされている。P. Pétel, *op. cit.*, n°157参照。
- 72) レーヴィッシュのいうように、契約の無償性は債務者のあらゆる注意義務を軽減させ、免除させるものではない。とりわけ、債権者の身体的安全や既存財産の保全といった一般法益を保護する義務は、契約の無償性とはかかわりないものと思われる。
 - 73) これは立法者自身が意図していたことでもあった。法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録3』（商事法務研究会、1984）803頁。
 - 74) 平野・前掲注16）168頁注19。
 - 75) たとえば近江・前掲注16）76-77頁、平野・前掲16）168頁注19など。
 - 76) なお、山中博士（同「双務契約・片務契約と有償契約・無償契約」契約法大系刊行委員会編『契約法大系 I 契約総論』（有斐閣、1962）70頁）は、「無償契約には、無償なるが故の法規原理があるが、しかしそれは個々の給付に即して具体的なかたちでの法規原理となっており、すべての無償契約に一般に妥当するそれというかたちをとらぬことも有償契約の場合と同じである」とされる。ただし、本稿で明らかにしたように、たしかに法律規定レベルでは各無償契約類型に特徴的なかたちでの責任制限規定が見られるに過ぎない。しかし、無償契約債務者の責任制限法理として機能する利益源から見れば、無償契約債務者の責任一般を考える際には何らかの配慮がなされるべきである。そしてこの利益原理から、無償契約における責任の効果に関して、特に損害賠償における賠償範囲決定の差異にその縮減法理が導かれうるという構造が存在するのであり、それは無償契約類型一般に共通すると理解できる。

付記 本研究は、2013年度に明治大学に提出した博士学位請求論文『無償契約債務者の責任制限法理—民法典における責任制限法理の検討—』を基にして加筆修正したものである。また、本研究の一部を素材とした2015年度私法学会個別報告「無償契約債務者の責任構造—民法典における責任制限法理の一視座—」において、先生方から沢山の貴重な指導を賜ることができ、本研究を完成させることができました。司会の労を執って頂いた京都大学山本豊先生、そしてご質問、ご意見を賜りました名古屋学院大学加藤雅信先生、大阪大学平田健治先生、慶應義塾大学金山直樹先生、國學院大學一木孝之先生にこの場を借りて深謝申し上げます。